بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

من الْأَحْكَامِ وقد نَدَبَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ رَسُولَهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلَى الْمُشَاوِرَةِ بِقَوْلِهِ { وَشَاوِرْهُمْ في الْأَمْرِ } مع انْفِتَاحِ بَابِ الْوَحْيِ فَغَيْرُهُ أَوْلَى وَعَنْ أبي هُرَيْرَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال ما رأيت أَحَدًا بَعْدَ رسول اللَّهِ أَكْثَرَ مُشَاوَرَةً لِأَصْحَابِهِ منه
وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه السلام كان يقول لِسَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ وَسَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنهما قُولَا فَإِنِّي فِيمَا لم يُوحَ إلى مِثْلُكُمَا وَلِأَنَّ الْمُشَاوَرَةَ في طَلَبِ الْحَقِّ من بَابِ الْمُجَاهَدَةِ في اللَّهِ عز وجل فَيَكُونُ سَبَبًا لِلْوُصُولِ إلَى سَبِيلِ الرَّشَادِ قال اللَّهُ عز وجل { وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا }
وَيَنْبَغِي أَنْ يُجْلِسَ معه من يُوثَقُ بِدِينِهِ وَأَمَانَتِهِ لِئَلَّا يَضِنَّ بِمَا عِنْدَهُ من الْحَقِّ والثواب (((والصواب))) بَلْ يَهْدِيهِ إلَى ذلك إذَا رُفِعَ إلَيْهِ وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُشَاوِرَهُمْ بِحَضْرَةِ الناس لِأَنَّ ذلك يُذْهِبُ بِمَهَابَةِ الْمَجْلِسِ وَالنَّاسُ يَتَّهِمُونَهُ بِالْجَهْلِ وَلَكِنْ يُقِيمُ الناس عن الْمَجْلِسِ ثُمَّ يُشَاوِرُهُمْ أو يَكْتُبُ في رُقْعَةٍ فَيَدْفَعُ إلَيْهِمْ أو يُكَلِّمُهُمْ بِلُغَةٍ لَا يَفْهَمُهَا الْخَصْمَانِ
هذا إذَا كان الْقَاضِي لَا يَدْخُلُهُ حَصْرٌ بِإِجْلَاسِهِمْ عِنْدَهُ وَلَا يَعْجِزُ عن الْكَلَامِ بين أَيْدِيهِمْ فَإِنْ كان لَا يُجْلِسُهُمْ فَإِنْ أَشْكَلَ عليه شَيْءٌ من أَحْكَامِ الْحَوَادِثِ بَعَثَ إلَيْهِمْ وَسَأَلَهُمْ
ومنها (((ومنه))) أَنْ يَكُونَ له جِلْوَازٌ وهو الْمُسَمَّى بِصَاحِبِ الْمَجْلِسِ في عُرْفِ دِيَارِنَا يَقُومُ على رَأْسِ الْقَاضِي لِتَهْذِيبِ الْمَجْلِسِ وَبِيَدِهِ سَوْطٌ يُؤَدِّبُ بِهِ الْمُنَافِقَ وَيُنْذِرُ بِهِ الْمُؤْمِنَ
وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ كان يَمْسِكُ بيده سَوْطًا يُنْذِرُ بِهِ الْمُؤْمِنَ وَيُؤَدِّبُ بِهِ الْمُنَافِقَ
وكان سَيِّدُنَا أبو بَكْرٍ يَمْسِكُ سَوْطًا وَسَيِّدُنَا عُمَرُ اتَّخَذَ دِرَّةً وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ له أَعْوَانٌ يَسْتَحْضِرُونَ الْخُصُومَ وَيَقُومُونَ بين يَدَيْهِ إجْلَالًا له لِيَكُونَ مَجْلِسًا مَهِيبًا وَيُذْعِنُ الْمُتَمَرِّدُ لِلْحَقِّ
وَهَذَا في زَمَانِنَا فَأَمَّا في زَمَانِ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فما كان تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى أَمْثَالِ ذلك لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَنْظُرُونَ إلَى الْأُمَرَاءِ وَالْقُضَاةِ بِعَيْنِ التَّبْجِيلِ وَالتَّعْظِيمِ وَيَخَافُونَهُمْ وَيَنْقَادُونَ لِلْحَقِّ بِدُونِ ذلك
فَقَدْ رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه كان يَقْضِي في الْمَسْجِدِ فإذا فَرَغَ اسْتَلْقَى على قَفَاهُ وَتَوَسَّدَ بِالْحَصَى وما كان يَنْقُصُ ذلك من حُرْمَتِهِ
وَرُوِيَ أَنَّهُ لَبِسَ قَمِيصًا فَازْدَادَتْ أَكْمَامُهُ عن أَصَابِعِهِ فَدَعَا بِالشَّفْرَةِ فَقَطَعَهُمَا وكان لَا يَكْفِهِمَا أَيَّامًا وَكَانَتْ الْأَطْرَافُ مُتَعَلِّقَةً منها وَالنَّاسُ يَهَابُونَهُ غَايَةَ الْمَهَابَةِ

فَأَمَّا الْيَوْمُ فَقَدْ فَسَدَ الزَّمَانُ وَتَغَيَّرَ الناس فَهَانَ الْعِلْمُ وَأَهْلُهُ فَوَقَعَتْ الْحَاجَةُ إلَى هذه التَّكْلِيفَاتِ لِلتَّوَسُّلِ إلَى إحْيَاءِ الْحَقِّ وَإِنْصَافِ الْمَظْلُومِ من الظَّالِمِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ له تُرْجُمَانٌ لِجَوَازِ أَنْ يَحْضُرَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ من لَا يَعْرِفُ الْقَاضِي لُغَتَهُ من الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه وَالشُّهُودِ وَالْكَلَامُ في عَدَدِ التُّرْجُمَانِ وَصِفَاتِهِ على الِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ كَالْكَلَامِ في عَدَدِ المزكي وَصِفَاتِهِ كما تَقَدَّمَ وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِبًا لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى مُحَافَظَةِ الدعاوي وَالْبَيِّنَاتِ وَالْإِقْرَارَاتِ التي لَا يُمْكِنُهُ حِفْظُهَا فَلَا بُدَّ من الْكِتَابَةِ وقد يَشُقُّ عليه أَنْ يَكْتُبَ بِنَفْسِهِ فَيَحْتَاجَ إلَى كَاتِبٍ يَسْتَعِينُ بِهِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَفِيفًا صَالِحًا من أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَلَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْفِقْهِ
أَمَّا الْعِفَّةُ وَالصَّلَاحُ فَلِأَنَّ هذا من بَابِ الْأَمَانَةِ وَالْأَمَانَةُ لَا يُؤَدِّيهَا إلَّا الْعَفِيفُ الصَّالِحُ
وَأَمَّا أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فَلِأَنَّ الْقَاضِيَ قد يَحْتَاجُ إلَى شَهَادَتِهِ
وَأَمَّا مَعْرِفَتُهُ بِالْفِقْهِ فَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى الِاخْتِصَارِ وَالْحَذْفِ من كَلَامِ الْخَصْمَيْنِ وَالنَّقْلِ من لُغَةٍ وَلَا يَقْدِرُ على ذلك إلَّا من له مَعْرِفَةٌ بِالْفِقْهِ فَإِنْ لم يَكُنْ فَقِيهًا كَتَبَ كَلَامَ الْخَصْمَيْنِ كما سَمِعَهُ وَلَا يَتَصَرَّفُ فيه بِالزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ لِئَلَّا يُوجِبَ حَقًّا لم يَجِبْ وَلَا يُسْقِطَ حَقًّا وَاجِبًا
لِأَنَّ تَصَرُّفَ غَيْرِ الْفَقِيهِ بِتَفْسِيرِ الْكَلَامِ لَا يَخْلُو عن ذلك
وَيَنْبَغِي أَنْ يُقْعِدَ الْكَاتِبَ حَيْثُ يَرَى ما يَكْتُبُ وما يَصْنَعُ فإن ذلك أَقْرَبُ إلَى الِاحْتِيَاطِ ثُمَّ في عُرْفِ بِلَادِنَا يُقَدِّمُ كِتَابَةَ الدَّعْوَى على الدَّعْوَى فَيَكْتُبُ دَعْوَى الْمُدَّعِي وَيَتْرُكُ مَوْضِعَ التَّارِيخِ بَيَاضًا لِجَوَازِ أَنْ تَتَخَلَّفَ الدَّعْوَى عن وَقْتِ الْكِتَابَةِ وَيَتْرُكُ مَوْضِعَ الْجَوَابِ أَيْضًا بَيَاضًا لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَنَّ الْمُدَّعَى عليه يُقِرُّ أو يُنْكِرُ وَيَكْتُبُ أَسْمَاءَ الشُّهُودِ إنْ كان لِلْمُدَّعِي شُهُودٌ وَيَتْرُكُ بين كل شَاهِدَيْنِ بَيَاضًا لِيَكْتُبَ الْقَاضِي التَّارِيخَ وَجَوَابَ الْخَصْمِ وَشَهَادَةَ الشُّهُودِ بِنَفْسِهِ ثُمَّ يَطْوِي الْكَاتِبُ الْكِتَابَ وَيَخْتِمُهُ ثُمَّ يَكْتُبُ على ظَهْرِهِ خُصُومَةُ فُلَانِ ابن (((بن))) فُلَانٍ مع فُلَانِ ابن (((بن))) فُلَانٍ في شَهْرِ كَذَا في سَنَةِ كَذَا وَيَجْعَلُهُ في قِمَطْرَةٍ وَيَنْبَغِي أَنْ يَجْعَلَ لِخُصُومَاتِ كل شَهْرٍ قِمَطْرًا على حِدَةٍ لِيَكُونَ أَبْصَرَ بِذَلِكَ ثُمَّ يَكْتُبُ الْقَاضِي في ذلك الشَّهْرِ أَسْمَاءَ الشُّهُودِ بِنَفْسِهِ على بِطَاقَةٍ أو يَسْتَكْتِبُ الْكِتَابَ بين يَدَيْهِ فَيَبْعَثُهَا إلَى الْمُعَدِّلِ سِرًّا وَهِيَ الْمُسَمَّاةُ بِالْمَسْتُورَةِ في عُرْفِ دِيَارِنَا وَالْأَفْضَلُ أَنْ

يَبْعَثَ على يَدَيْ عَدْلَيْنِ وَإِنْ بَعَثَ على يَدَيْ عَدْلٍ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يُقَدِّمَ الْخُصُومَ على مَرَاتِبِهِمْ في الْحُضُورِ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُبَاحُ لِمَنْ سَبَقَ إلَيْهِ وَإِنْ اشْتَبَهَ عليه حَالُهُمْ اسْتَعْمَلَ الْقُرْعَةَ فَقَدَّمَ من خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ إلَّا الْغُرَبَاءَ إذَا خَاصَمُوا بَعْضَ أَهْلِ الْمِصْرِ إلَيْهِ أو خَاصَمَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا أو خَاصَمَهُمْ بَعْضُ أَهْلِ الْمِصْرِ فإنه يُقَدِّمُهُمْ في الْخُصُومَةِ على أَهْلِ الْمِصْرِ لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال قَدِّمْ

الْغَرِيبَ فَإِنَّك إذَا لم تَرْفَعْ بِهِ رَأْسًا ذَهَبَ وَضَاعَ حَقُّهُ فَتَكُونُ أنت الذي ضَيَّعْتَهُ نَدَبَ رضي اللَّهُ عنه إلَى تَقْدِيمِ الْغَرِيبِ وَنَبَّهَ على الْمَعْنَى لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الِانْتِظَارُ فَكَانَ تَأْخِيرُهُ في الْخُصُومَةِ تَضْيِيعًا لِحَقِّهِ إلَّا إذَا كَانُوا كَثِيرًا بِحَيْثُ يَشْتَغِلُ الْقَاضِي عن أَهْلِ الْمِصْرِ فَيَخْلِطُهُمْ بِأَهْلِ الْمِصْرِ لِأَنَّ تَقْدِيمَهُمْ يَضُرُّ بِأَهْلِ الْمِصْرِ

وَكَذَا تَقْدِيمُ صَاحِبِ الشُّهُودِ على غَيْرِهِ لِأَنَّ إكْرَامَ الشُّهُودِ وَاجِبٌ

قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَكْرِمُوا الشُّهُودَ فإن اللَّهَ يحيي (((يحي))) بِهِمْ الْحُقُوقَ وَلَيْسَ من الْإِكْرَامِ حَبْسُهُمْ على بَابِ الْقَاضِي

وَهَذَا إذَا كان وَاحِدًا فَإِنْ كَانُوا كَثِيرًا أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدِّمَ الرِّجَالَ على حِدَةٍ وَالنِّسَاءَ على حِدَةٍ لِمَا في الْخَلْطِ من خَوْفِ الْفِتْنَةِ

وَلَوْ رَأَى أَنْ يَجْعَلَ لَهُنَّ يَوْمًا على حِدَةٍ لِكَثْرَةِ الْخُصُومِ فَعَلَ لِأَنَّ إفْرَادَهُنَّ بِيَوْمٍ أَسْتَرُ لَهُنَّ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يُتْعِبَ نَفْسَهُ في طُولِ الْجُلُوسِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى النَّظَرِ في الْحُجَجِ وَبِطُولِ الْجُلُوسِ يَخْتَلُّ النَّظَرُ فيها فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَفْعَلَ ذلك وَيَكْفِي الْجُلُوسُ طَرَفَيْ النَّهَارِ وَقَدْرَ ما لَا يَفْتُرُ عن النَّظَرِ في الْحُجَجِ وإذا تَقَدَّمَ إلَيْهِ الْخَصْمَانِ هل يَسْأَلُ الْمُدَّعِي عن دَعْوَاهُ ذَكَرَ في أَدَبِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَسْأَلُ وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يَسْأَلُ

وَكَذَا إذَا ادَّعَى دَعْوَى صَحِيحَةً هل يَسْأَلُ الْمُدَّعَى عليه عن دَعْوَى خَصْمِهِ ذَكَرَ في آدَابِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَسْأَلُ وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يَسْأَلُ حتى يَقُولَ له الْمُدَّعِي سَلْهُ عن جَوَابِ دَعْوَايَ

وَجْهُ ما ذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّ السُّؤَالَ عن الدَّعْوَى إنْشَاءُ الْخُصُومَةِ وَالْقَاضِي لَا ينشىء (((ينشئ))) الْخُصُومَةَ

وَجْهُ ما ذَكَرَ في الْكِتَابِ أَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ يَلْحَقُهُ مَهَابَةُ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَيَعْجِزُ عن الْبَيَانِ دُونَ سُؤَالِ الْقَاضِي فَيَسْأَلُ عن دَعْوَاهُ

وَمِنْهَا أَنَّ الْمُدَّعِيَ إذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ فَادَّعَى الْمُدَّعَى عليه الدَّفْعَ وقال لين (((لي))) بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ أَمْهَلَهُ زَمَانًا لِقَوْلِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه في كِتَابِ السِّيَاسَةِ اجْعَلْ لِلْمُدَّعِي أَمَدًا يَنْتَهِي إلَيْهِ وَأَرَادَ بِهِ مُدَّعِي الدَّفْعَ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ قال وَإِنْ عَجَزَ اسْتَحْلَلْتَ عليه الْقَضَاءَ وَلِأَنَّهُ لو لم يُمْهِلْهُ وَقَضَى بِبَيِّنَةِ الْمُدَّعِي رُبَّمَا يَحْتَاجُ إلَى نَقْضِ قَضَائِهِ لِجَوَازِ أَنْ يَأْتِيَ بِالدَّفْعِ مُؤَخَّرًا فَهُوَ من صِيَانَةِ الْقَضَاءِ عن النَّقْضِ

ثُمَّ ذلك مُفَوَّضٌ إلَى رَأْيِ الْقَاضِي إنْ شَاءَ أَخَّرَ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ إلَى الْغَدِ وَإِنْ شَاءَ إلَى بَعْدِ الْغَدِ وَلَا يَزِيدُ عليه لِأَنَّ الْحَقَّ قد تَوَجَّهَ عليه فَلَا يَسَعُهُ التَّأْخِيرُ أَكْثَرَ من ذلك وَإِنْ أَدَّى بِبَيِّنَةٍ غَائِبَةٍ لَا يَلْتَفِتُ إلَيْهِ بَلْ يَقْضِي لِلْمُدَّعِي

وَمِنْهَا أَنْ يَجْلِسَ لِلْقَضَاءِ في أَشْهَرِ الْمَجَالِسِ لِيَكُونَ أَرْفَقَ بِالنَّاسِ وَهَلْ يَقْضِي في الْمَسْجِدِ قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ يَقْضِي وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَقْضِي بَلْ يَقْضِي في بَيْتِهِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْقَاضِيَ يَأْتِيهِ الْمُشْرِكُ وَالْحَائِضُ وَالنُّفَسَاءُ وَالْجُنُبُ وَيَجْرِي بين الْخَصْمَيْنِ كَلَامُ اللَّغْوِ وَالرَّفَثُ وَالْكَذِبُ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا كَاذِبٌ وَتَنْزِيهُ الْمَسْجِدِ عن هذا كُلِّهِ وَاجِبٌ

وَلَنَا الِاقْتِدَاءُ بِرَسُولِ اللَّهِ وَالصَّحَابَةِ الْكِرَامِ رضي اللَّهُ تعالى عَنْهُمْ فإن رَسُولَ اللَّهِ كان يَقْضِي في الْمَسْجِدِ وَكَذَا الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَالصَّحَابَةُ وَالتَّابِعُونَ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ كَانُوا يَجْلِسُونَ في الْمَسْجِدِ لِلْقَضَاءِ وَالِاقْتِدَاءُ بِهِمْ وَاجِبٌ وَلَا بَأْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَرُدَّ الْخُصُومَ إلَى الصُّلْحِ إنْ طَمَعَ منهم ذلك قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَالصُّلْحُ خَيْرٌ } فَكَانَ الرَّدُّ إلَى الصُّلْحِ رَدًّا إلَى الْخَيْرِ

وقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه رُدُّوا الْخُصُومَ حتى يَصْطَلِحُوا فإن فَصْلَ الْقَضَاءِ يُورِثُ بَيْنَهُمْ الضَّغَائِنَ
فَنَدَبَ رضي اللَّهُ عنه الْقُضَاةَ إلَى رَدِّ الْخُصُومِ إلَى الصُّلْحِ وَنَبَّهَ على الْمَعْنَى وهو حُصُولُ الْمَقْصُودِ من غَيْرِ ضَغِينَةٍ وَلَا يَزِيدُ على مَرَّةٍ أو مَرَّتَيْنِ فَإِنْ اصْطَلَحَا وَإِلَّا قَضَى بَيْنَهُمَا بِمَا يُوجِبُ الشَّرْعُ وَإِنْ لم يَطْمَعْ منهم الصُّلْحَ لَا يَرُدُّهُمْ إلَيْهِ بَلْ يَنْفُذُ الْقَضِيَّةَ فِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ في الرَّدِّ وَهَلْ لِلْقَاضِي أَنْ يَأْخُذَ الرِّزْقَ فَإِنْ كان فَقِيرًا له أَنْ يَأْخُذَ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا بُدَّ له من الْكِفَايَةِ وَلَا كِفَايَةَ له فَكَانَتْ كِفَايَتُهُ في بَيْتِ الْمَالِ إلَّا أَنْ يَكُونَ له ذلك أُجْرَةَ عَمَلِهِ وَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُوَسِّعَ عليه وَعَلَى عِيَالِهِ كيلا يَطْمَعَ في أَمْوَالِ الناس
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ لَمَّا بَعَثَ

عَتَّابَ بن أُسَيْدٍ رضي اللَّهُ عنه إلَى مَكَّةَ وَوَلَّاهُ أَمْرَهَا رَزَقَهُ أَرْبَعَمِائَةَ دِرْهَمٍ في كل عَامٍ
وَرُوِيَ أَنَّ الصَّحَابَةَ الْكِرَامَ رضي اللَّهُ تعالى عَنْهُمْ أَجَرُوا لِسَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رضي اللَّهُ عنه كُلَّ يَوْمٍ دِرْهَمًا وَثُلُثًا أو ثُلُثَيْنِ من بَيْتِ الْمَالِ
وَكَذَا رُوِيَ أَنَّهُ كان لِسَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه مِثْلُ ذلك من بَيْتِ الْمَالِ وكان لِسَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه كُلَّ يَوْمٍ قَصْعَةٌ من ثَرِيدٍ وَرَزَقَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه شُرَيْحًا
وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا فَرَضَ له خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ في كل شَهْرٍ وَإِنْ كان غَنِيًّا اخْتَلَفُوا فيه قال بَعْضُهُمْ لَا يَحِلُّ له أَنْ يَأْخُذَ لِأَنَّ الْأَخْذَ بِحُكْمِ الْحَاجَةِ وَلَا حَاجَةَ له إلَى ذلك
وقال بَعْضُهُمْ يَحِلُّ له الْأَخْذُ وَالْأَفْضَلُ له أَنْ يَأْخُذَ
أَمَّا الْحِلُّ فَلِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَكَانَتْ كِفَايَتُهُ عليهم لَا من طَرِيقِ الْأَجْرِ وَأَمَّا الْأَفْضَلِيَّةُ فَلِأَنَّهُ وَإِنْ لم يَكُنْ مُحْتَاجًا إلَى ذلك فَرُبَّمَا يَجِيءُ بَعْدَهُ قَاضٍ مُحْتَاجٌ وقد صَارَ ذلك سُنَّةً وَرَسْمًا فَتَمْتَنِعُ السَّلَاطِينُ عن إبْطَالِ رِزْقِ الْقُضَاةِ إلَيْهِمْ خُصُوصًا سَلَاطِينُ زَمَانِنَا فَكَانَ الِامْتِنَاعُ من الْأَخْذِ شُحًّا بِحَقِّ الْغَيْرِ فَكَانَ الْأَفْضَلُ هو الْأَخْذُ وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ إلَّا إذَا أَذِنَ له الْإِمَامُ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِالتَّفْوِيضِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ ما فُوِّضَ إلَيْهِ كَالْوَكِيلِ
وَلَوْ اسْتَخْلَفَ تَتَوَقَّفُ قَضَايَا خَلِيفَتِهِ على إجَازَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ الْخَاصِّ إذَا وَكَّلَ غَيْرَهُ فَتَصَرَّفَ
وَلَوْ كان الْإِمَامُ أَذِنَ له بِذَلِكَ كان له ذلك كَالْوَكِيلِ الْعَامِّ وفي آدَابِ الْقَضَاءِ وما نَدَبَ الْقَاضِي إلَى فِعْلِهِ كَثْرَةً لها كِتَابٌ مُفْرَدٌ هُنَاكَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَنْفُذُ من الْقَضَايَا وما يُنْقَضُ منها إذَا رُفِعَ إلَى قَاضٍ آخَرَ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ قَضَاءُ الْقَاضِي الْأَوَّلِ لَا يَخْلُو أما إن وَقَعَ في فَصْلٍ فيه نَصٌّ مُفَسَّرٌ من الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةِ الْمُتَوَاتِرَةِ وَالْإِجْمَاعِ وأما إن وَقَعَ في فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه من ظَوَاهِرِ النُّصُوصِ وَالْقِيَاسِ فَإِنْ وَقَعَ في فَصْلٍ فيه نَصٌّ مُفَسَّرٌ من الْكِتَابِ أو الْخَبَرِ الْمُتَوَاتِرِ أو الْإِجْمَاعِ فَإِنْ وَافَقَ قَضَاؤُهُ ذلك نَفَذَ وَلَا يَحِلُّ له النَّقْضُ لِأَنَّهُ وَقَعَ صَحِيحًا قَطْعًا وَإِنْ خَالَفَ شيئا من ذلك يَرُدُّهُ لِأَنَّهُ وَقَعَ بَاطِلًا قَطْعًا وَإِنْ وَقَعَ في فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه فَلَا يَخْلُو إمَّا إن كان مُجْمَعًا على

كَوْنِهِ مُجْتَهَدًا فيه وَإِمَّا إن كان مُخْتَلَفًا في كَوْنِهِ مُجْتَهَدًا فيه فَإِنْ كان ذلك
مُجْمَعًا على كَوْنِهِ مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ فَإِمَّا إن كان الْمُجْتَهَدُ فيه هو الْمَقْضِيُّ بِهِ وَإِمَّا
إن كان نَفْسَ الْقَضَاءِ فَإِنْ كان الْمُجْتَهَدُ فيه هو الْمَقْضِيُّ بِهِ فَرُفِعَ قَضَاؤُهُ إلَى
قَاضٍ آخَرَ لم يَرُدَّهُ الثَّانِي بَلْ يُنَفِّذُهُ لِكَوْنِهِ قَضَاءً مُجْمَعًا على صِحَّته لِمَا عُلِمَ
أَنَّ الناس على اخْتِلَافِهِمْ في الْمَسْأَلَةِ اتَّفَقُوا على أَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِأَيِّ
الْأَقْوَالِ الذي مَالَ إلَيْهِ اجْتِهَادُهُ فَكَانَ قضاء (((قضاؤه))) مُجْمَعًا على
صِحَّته فَلَوْ نَقَضَهُ إنَّمَا يَنْقُضُهُ بِقَوْلِهِ وفي صِحَّتِهِ اخْتِلَافٌ بين الناس فَلَا يَجُوزُ
نَقْضُ ما صَحَّ بِالِاتِّفَاقِ بِقَوْلٍ مُخْتَلَفٍ في صِحَّتِهِ وَلِأَنَّهُ ليس مع الثَّانِي دَلِيلٌ
قَطْعِيٌّ بَلْ اجْتِهَادِيٌّ وَصِحَّةُ قَضَاءِ الْقَاضِي الْأَوَّلِ ثَبَتَ بِدَلِيلٍ قَطْعِيٍّ وهو
إجْمَاعُهُمْ على جَوَازِ الْقَضَاءِ بِأَيِّ وَجْهٍ اتَّضَحَ له فَلَا يَجُوزُ نَقْضُ ما مَضَى بِدَلِيلٍ
قَاطِعٍ بِمَا فيه شُبْهَةٌ وَلِأَنَّ الضَّرُورَةَ تُوجِبُ الْقَوْلَ بِلُزُومِ الْقَضَاءِ الْمَبْنِيِّ على
الِاجْتِهَادِ وَأَنْ لَا يَجُوزَ نَقْضُهُ لِأَنَّهُ لو جَازَ نَقْضُهُ يَرْفَعُهُ إلَى قَاضٍ آخَرَ يَرَى خِلَافَ
رَأْيِ الْأَوَّلِ فَيَنْقُضُهُ ثُمَّ يَرْفَعُهُ الْمُدَّعِي إلَى قَاضٍ آخَرَ يَرَى خِلَافَ رَأْيِ الْقَاضِي
الثَّانِي فَيَنْقُضُ نَقْضَهُ وَيَقْضِي كما قَضَى الْأَوَّلُ فَيُؤَدِّي إلَى أَنْ لَا تَنْدَفِعَ
الْخُصُومَةُ وَالْمُنَازَعَةُ أَبَدًا وَالْمُنَازَعَةُ سَبَبُ الْفَسَادِ وما أَدَّى إلَى الْفَسَادِ فَسَادٌ
فَإِنْ كان رَدَّهُ الْقَاضِي الثَّانِي فَرَفَعَهُ إلَى قَاضٍ ثَالِثٍ نَفَذَ قَضَاءُ الْقَاضِي الْأَوَّلِ
وَأَبْطَلَ قَضَاءُ الْقَاضِي الثَّانِي لِأَنَّ قَضَاءَ الْأَوَّلِ صَحِيحٌ وَقَضَاءَ الثَّانِي بِالرَّدِّ بَاطِلٌ

هذا إذَا كان الْقَاضِي الْأَوَّلُ قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ فَإِنْ كان قَاضِي أَهْلِ الْبَغْيِ
فَرُفِعَتْ قَضَايَاهُ إلَى قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ بِأَنْ ظَهَرَ أَهْلُ الْعَدْلِ على الْمِصْرِ الذي
كان في يَدِ الْخَوَارِجِ فَرُفِعَتْ إلَى قَاضِي أَهْلِ الْعَدْلِ قَضَايَا قَاضِيهِمْ لم يَنْفُذْ
شيئا منها بَلْ يَنْقُضُهَا كُلَّهَا وَإِنْ كَانُوا من أَهْلِ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَةِ في الْجُمْلَةِ
كَبْتًا وَغَيْظًا لهم لِيَنْزَجِرُوا عن الْبَغْيِ وَإِنْ كان نَفْسُ الْقَضَاءِ مُجْتَهَدًا فيه إنه
يَجُوزُ أَمْ لَا كما لو قَضَى بِالْحَجْرِ على الْحُرِّ أو قَضَى على الْغَائِبِ أَنَّهُ يَجُوزُ
لِلْقَاضِي الثَّانِي أَنْ يُنْقِضَ قَضَاءَ الْأَوَّلِ إذَا مَالَ اجْتِهَادُهُ إلَى خِلَافِ اجتهاد
(((اجتهاده))) الْأَوَّلِ لِأَنَّ قَضَاءَهُ هُنَا لم يَجُزْ بِقَوْلِ الْكُلِّ بَلْ بِقَوْلِ الْبَعْضِ
دُونَ الْبَعْضِ فلم يَكُنْ جَوَازُهُ مُتَّفَقًا عليه فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلنَّقْضِ بمثله بِخِلَافِ
الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ جَوَازَ الْقَضَاءِ هُنَاكَ ثَبَتَ بِقَوْلِ الْكُلِّ فَكَانَ مُتَّفَقًا عليه فَلَا
يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بِقَوْلِ الْبَعْضِ وَلِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ إذَا كانت مُخْتَلَفًا فيها فَالْقَاضِي
بِالْقَضَاءِ يَقْطَعُ أخد (((أحد))) الِاخْتِلَافَيْنِ وَيَجْعَلُهُ مُتَّفَقًا عليه في الْحُكْمِ
بِالْقَضَاءِ الْمُتَّفَقِ على جَوَازِهِ وإذا كان نَفْسُ الْقَضَاءِ مُخْتَلَفًا فيه يَرْفَعُ الْخِلَافَ
بِالْخِلَافِ
هذا إذَا كان الْقَضَاءُ في مَحِلٍّ أَجْمَعُوا على كَوْنِهِ

مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ فَأَمَّا إذَا كان في مَحِلٍّ اخْتَلَفُوا أَنَّهُ مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ أَمْ لَا كَبَيْعِ أُمِّ
الْوَلَدِ هل يَنْفُذُ قَضَاءُ الْقَاضِي أَمْ لَا فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
يَنْفُذُ لِأَنَّهُ مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ عِنْدَهُمَا لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ في جَوَازِ بيعها (((بيعهما
)))
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَنْفُذُ لِوُقُوعِ الِاتِّفَاقِ بَعْدَ ذلك من الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ على أَنَّهُ لَا

يَجُوزُ بَيْعُهَا فَخَرَجَ عن مَحِلِّ الِاجْتِهَادِ وَهَذَا يَرْجِعُ إلَى أَنَّ الْإِجْمَاعَ الْمُتَأَخِّرَ هل يَرْفَعُ الْخِلَافَ الْمُتَقَدِّمَ عِنْدَهُمَا لَا يُرْفَعُ وَعِنْدَهُ يُرْفَعُ فَكَانَ هذا الْفَصْلُ مُخْتَلَفًا في كَوْنِهِ مُجْتَهَدًا فيه فَيُنْظَرُ إنْ كان من رَأْيِ الْقَاضِي الثَّانِي أَنَّهُ يَجْتَهِدُ فيه يُنَفِّذُ قَضَاءَهُ وَلَا يَرُدُّهُ لِمَا ذَكَرْنَا في سَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ الْمُتَّفَقِ عليها وَإِنْ كان من رَأْيِهِ أَنَّهُ خَرَجَ عن حَدِّ الِاجْتِهَادِ وَصَارَ مُتَّفَقًا عليه لَا يُنَفِّذُ بَلْ يَرُدُّهُ لِأَنَّ عِنْدَهُ أَنَّ قَضَاءَ الْأَوَّلِ وَقَعَ مُخَالِفًا لِلْإِجْمَاعِ فَكَانَ بَاطِلًا

وَمِنْ مَشَايِخِنَا من فَصَّلَ في الْمُجْتَهَدَاتِ تَفْصِيلًا آخَرَ فقال إنْ كان الِاجْتِهَادُ شَنِيعًا مُسْتَنْكَرًا جَازَ لِلْقَاضِي الثَّانِي أَنْ يَنْقُضَ قَضَاءَ الْأَوَّلِ وَهَذَا فيه نَظَرٌ لِأَنَّهُ إذَا صَحَّ كَوْنُهُ مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ فَلَا مَعْنَى لِلْفَصْلِ بين مُجْتَهِدٍ وَمُجْتَهِدٍ لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بَيْنَهُمَا فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ لِلثَّانِي نَقْضُ قَضَاءِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ قَضَاءَهُ صَادَفَ مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُحِلُّهُ الْقَضَاءُ وما لَا يُحِلُّهُ فَالْأَصْلُ أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي بِشَاهِدَيْ الزُّورِ فِيمَا له وِلَايَةُ إنْشَائِهِ في الْجُمْلَةِ يُفِيدُ الْحِلَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَضَاؤُهُ بِهِمَا فِيمَا ليس له وِلَايَةُ إنْشَائِهِ أَصْلًا لَا يُفِيدُ الْحِلَّ بِالْإِجْمَاعِ

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُفِيدُ الْحِلَّ فِيهِمَا جميعا فَنَقُولُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْقَاضِيَ إذَا قَضَى بِشَاهِدَيْنِ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُمَا شَاهِدَا زُورٍ فَلَا يَخْلُو إمَّا إنْ قَضَى بِعَقْدٍ أو بِفَسْخِ عَقْدٍ وَإِمَّا إن قَضَى بِمِلْكٍ مُرْسَلٍ فَإِنْ قَضَى بِعَقْدٍ أو بِفَسْخِ عَقْدٍ فَقَضَاؤُهُ يُفِيدُ الْحِلَّ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمْ لَا يُفِيدُ

وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ إن قَضَاءَ الْقَاضِي في الْعُقُودِ وَالْفُسُوخِ بِشُهُودِ زُورٍ هل يَنْفُذُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فَهُوَ على الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا وَإِنْ قَضَى بِمِلْكٍ مُرْسَلٍ لَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ بَاطِنًا بِالْإِجْمَاعِ

وَبَيَانُ هذه الجمل (((الجملة))) في مَسَائِلَ إذَا ادَّعَى رَجُلٌ على امرأة (((امرأته))) أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا فَأَنْكَرَتْ فَأَقَامَ على ذلك شَاهِدَيْ زُورٍ فَقَضَى الْقَاضِي بِالنِّكَاحِ بَيْنَهُمَا وَهُمَا يَعْلَمَانِ أَنَّهُ لَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا حَلَّ لِلرَّجُلِ وَطْؤُهَا وَحَلَّ لها التَّمْكِينُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمْ لَا يَحِلُّ

وَكَذَا إذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ على رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا وهو مُنْكِرٌ فَقَضَى الْقَاضِي بالرفقة (((بالفرقة))) بَيْنَهُمَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ حَلَّ له وَطْؤُهَا وَإِنْ كان يَعْلَمُ أنه (((أنهما))) شَهِدَا بِزُورٍ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمْ لَا يَحِلُّ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ دَعْوَى الْبَيْعِ وَالْإِعْتَاقِ

وفي الْهِبَةِ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ رِوَايَتَانِ وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ لو ادَّعَى نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَهِيَ تُنْكِرُ وَتَقُولُ أنا أُخْتُهُ من الرَّضَاعِ أو أنا في عِدَّةٍ من زَوْجٍ آخَرَ فَشَهِدَ بِالنِّكَاحِ شَاهِدَانِ وَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا وَالْمَرْأَةُ تَعْلَمُ أنها كما أَخْبَرَتْ لَا يَحِلُّ لها التَّمْكِينُ

وَأَجْمَعُوا أَيْضًا على أَنَّهُ لو ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ هذه جَارِيَتُهُ وَهِيَ تُنْكِرُ فَأَقَامَ على ذلك شَاهِدَيْنِ وَقَضَى الْقَاضِي بِالْجَارِيَةِ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا إذَا كان يَعْلَمُ أَنَّهُ كَاذِبٌ في دَعْوَاهُ وَلَا يَحِلُّ لِأَحَدِ الشَّاهِدَيْنِ أَيْضًا أَنْ يَشْتَرِيَهَا

احْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال إنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ من بَعْضٍ وَإِنَّمَا أنا بَشَرٌ فَمَنْ قَضَيْتُ له من مَالِ أَخِيهِ شيئا بِغَيْرِ حَقٍّ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ له قِطْعَةً من النَّارِ

أَخْبَرَ الشَّارِعُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّ الْقَضَاءَ بِمَا ليس لِلْمُدَّعِي قَضَاءٌ له بِقِطْعَةٍ من النَّارِ

وَلَوْ نَفَذَ قَضَاؤُهُ بَاطِنًا لَمَا كان الْقَضَاءُ بِهِ قَضَاءً بِقِطْعَةٍ من النَّارِ وَلِأَنَّ الْقَضَاءَ

إنَّمَا يَنْفُذُ بِالْحُجَّةِ وَهِيَ الشَّهَادَةُ الصَّادِقَةُ وَهَذِهِ كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ فَلَا يَنْفُذُ حَقِيقَةً
وَلِهَذَا لم يَنْفُذْ بِالْمِلْكِ الْمُرْسَلِ
وَكَذَا إذَا كانت الْمَرْأَةُ مُحَرَّمَةً بِالْعِدَّةِ وَالرِّدَّةِ أو الرَّضَاعِ أو الْقَرَابَةِ أو الْمُصَاهَرَةِ
كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي بِمَا يَحْتَمِلُ الْإِنْشَاءَ إنْشَاءٌ له فَيَنْفُذُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا كما لو أَنْشَأَ صَرِيحًا
وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّ الْقَاضِي مَأْمُورٌ بِالْقَضَاءِ بِالْحَقِّ وَلَا يَقَعُ قَضَاؤُهُ بِالْحَقِّ فِيمَا يَحْتَمِلُ الْإِنْشَاءَ إلَّا بِالْحَمْلِ على الْإِنْشَاءِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قد تَكُونُ صَادِقَةً وقد تَكُونُ كَاذِبَةً فَيُجْعَلُ إنْشَاءً وَالْعُقُودُ وَالْفُسُوخُ مِمَّا تَحْتَمِلُ الْإِنْشَاءَ من الْقَاضِي فإن لِلْقَاضِي وِلَايَةَ إنْشَائِهَا في الْجُمْلَةِ بِخِلَافِ الْمِلْكِ الْمُرْسَلِ لِأَنَّ نَفْسَ الْمِلْكِ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْإِنْشَاءَ
وَلِهَذَا لو أَنْشَأَ الْقَاضِي أو غَيْرُهُ صَرِيحًا لَا يَصِحُّ وَبِخِلَافِ ما إذَا كانت الْمَرْأَةُ مُحَرَّمَةً بِأَسْبَابٍ لِأَنَّ هُنَاكَ ليس لِلْقَاضِي وِلَايَةُ الْإِنْشَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَنْشَأَ صَرِيحًا لَا يَنْفُذُ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ

قِيلَ إنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال ذلك في أَخَوَيْنِ اخْتَصَمَا إلَيْهِ في مَوَارِيثَ دُرِسَتْ بَيْنَهُمَا فقال إلَى آخِرِهِ ولم يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ إلَّا دَعْوَاهُمَا
كَذَا ذَكَرَهُ أبو دَاوُد عن أُمِّ سَلَمَةَ رضي اللَّهُ عنهما (((عنها))) وَالْمِيرَاثُ وَمُطْلَقُ الْمِلْكِ سَوَاءٌ في الدَّعْوَى وَبِهِ نَقُولُ مع أَنَّهُ ليس فيه ذِكْرُ السَّبَبِ وَالْكَلَامُ في الْقَضَاءِ بِسَبَبٍ على أَنَّا نَقُولُ بِمُوجِبِهِ لَكِنْ لِمَ قُلْتُمْ إنَّ الْقَضَاءَ بِسَبَبٍ قَضَاءٍ له من مَالِ آخَرَ بِغَيْرِ حَقٍّ بَلْ هو قضاء (((قضا))) له من مَالِ نَفْسِهِ وَبِحَقٍّ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِسَبَبِ الْمِلْكِ صَحِيحٌ عِنْدَنَا فَقَدْ قُلْنَا بِمُوجِبِ الحديث وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ خَطَأِ الْقَاضِي في الْقَضَاءِ فَنَقُولُ الْأَصْلُ أَنَّ الْقَاضِيَ إذَا أَخْطَأَ في قَضَائِهِ بِأَنْ ظَهَرَ أَنَّ الشُّهُودَ كَانُوا عَبِيدًا أو مَحْدُودِينَ في قَذْفٍ أَنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ لِأَنَّهُ بِالْقَضَاءِ لم يَعْمَلْ لِنَفْسِهِ بَلْ لِغَيْرِهِ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الرَّسُولِ فَلَا تَلْحَقُهُ الْعُهْدَةُ
ثُمَّ يُنْظَرُ إمَّا إن كان الْمَقْضِيُّ بِهِ من حُقُوقِ الْعِبَادِ وَإِمَّا إن كان من حُقُوقِ اللَّهِ عز وجل خَالِصًا كَالْقَطْعِ في السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ في زِنَا الْمُحْصَنِ فَإِنْ كان في حُقُوقِ الْعِبَادِ فَإِنْ كان مَالًا وهو قَائِمٌ رَدَّهُ على الْمَقْضِيِّ عليه لِأَنَّ قَضَاءَهُ وَقَعَ بَاطِلًا وَرَدُّ عَيْنِ الْمَقْضِيِّ بِهِ مُمْكِنٌ فَيَلْزَمُهُ رَدُّهُ لِقَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى تَرُدَّهُ وَلِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِ الْمُدَّعَى عليه وَمَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ كان هَالِكًا فَالضَّمَانُ على الْمَقْضِيِّ له لِأَنَّ الْقَاضِيَ عَمِلَ له فَكَانَ خَطَؤُهُ عليه لِيَكُونَ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَلِأَنَّهُ إذَا عَمِلَ له فَكَانَ هو الذي فَعَلَ بِنَفْسِهِ
وَإِنْ كان حَقًّا ليس بِمَالٍ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بَطَلَ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ قَضَاءَهُ كان بَاطِلًا وَإِنه أَمْرٌ شَرْعِيٌّ يَحْتَمِلُ الرَّدَّ فَيُرَدُّ بِخِلَافِ الْحُدُودِ وَالْمَالِ الْهَالِكِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ

الرَّدَّ بِنَفْسِهِ فَيُرَدُّ بِالضَّمَانِ
هذا إذَا كان الْمَقْضِيُّ بِهِ من حُقُوقِ الْعِبَادِ وَأَمَّا إذَا كان من حَقِّ اللَّهِ عز وجل خَالِصًا فَضَمَانُهُ في بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ عَمِلَ فيها لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ لِعَوْدِ مَنْفَعَتِهَا إلَيْهِمْ وهو الزَّجْرُ فَكَانَ خَطَؤُهُ عليهم لِمَا قُلْنَا فيؤدي من بَيْتِ مَالِهِمْ وَلَا يُضَمَّنُ الْقَاضِي لِمَا قُلْنَا وَلَا الْجَلَّادُ أَيْضًا لِأَنَّهُ عَمِلَ بِأَمْرِ الْقَاضِي
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَخْرُجُ بِهِ الْقَاضِي عن الْقَضَاءِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ كُلُّ ما يَخْرُجُ بِهِ الْوَكِيلُ عن الْوَكَالَةِ يَخْرُجُ بِهِ الْقَاضِي عن الْقَضَاءِ
وما يَخْرُجُ بِهِ الْوَكِيلُ عن الْوَكَالَةِ أَشْيَاءَ ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ الْوَكَالَةِ لَا يَخْتَلِفَانِ إلَّا في شَيْءٍ وَاحِدٍ وهو أَنَّ الْمُوَكِّلَ إذَا مَاتَ أو خُلِعَ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ
وَالْخَلِيفَةُ إذَا مَاتَ أو خُلِعَ لَا تَنْعَزِلُ قُضَاتُهُ وَوُلَاتُهُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْوَكِيلَ يَعْمَلُ بِوِلَايَةِ الْمُوَكِّلِ وفي خَالِصِ حَقِّهِ أَيْضًا
وقد بَطَلَتْ أَهْلِيَّةُ الْوِلَايَةِ فَيَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ
وَالْقَاضِي لَا يَعْمَلُ بِوِلَايَةِ الْخَلِيفَةِ وفي حَقِّهِ بَلْ بِوِلَايَةِ الْمُسْلِمِينَ وفي حُقُوقِهِمْ

وَإِنَّمَا الْخَلِيفَةُ بِمَنْزِلَةِ الرَّسُولِ عَنْهُمْ
لِهَذَا لم تَلْحَقْهُ الْعُهْدَةُ كَالرَّسُولِ في سَائِرِ الْعُقُودِ وَالْوَكِيلِ في النِّكَاحِ
وإذا كان رَسُولًا كان فِعْلُهُ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَوِلَايَتِهِمْ بَعْدَ مَوْتِ الْخَلِيفَةِ بَاقِيَةٌ فَيَبْقَى الْقَاضِي على وِلَايَتِهِ
وَهَذَا بِخِلَافِ الْعَزْلِ فإن الْخَلِيفَةَ إذَا عَزَلَ الْقَاضِي أو الْوَالِي يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ
لِأَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِعَزْلِ الْخَلِيفَةِ أَيْضًا حَقِيقَةً بَلْ بِعَزْلِ الْعَامَّةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ تَوْلِيَتَهُ بِتَوْلِيَةِ الْعَامَّةِ وَالْعَامَّةُ وَلَّوْهُ الإستبدال دَلَالَةً لِتَعَلُّقِ مَصْلَحَتِهِمْ بِذَلِكَ
فَكَانَتْ وِلَايَتُهُ منهم مَعْنًى في الْعَزْلِ أَيْضًا
فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْعَزْلِ وَالْمَوْتِ
وَلَوْ اسْتَخْلَفَ الْقَاضِي بِإِذْنِ الْإِمَامِ ثُمَّ مَاتَ الْقَاضِي لَا يَنْعَزِلُ خَلِيفَتُهُ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْإِمَامِ في الْحَقِيقَةِ لَا نَائِبُ الْقَاضِي
وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الْخَلِيفَةِ أَيْضًا كما لَا يَنْعَزِلُ الْقَاضِي لِمَا قُلْنَا
وَلَا يَمْلِكُ الْقَاضِي عَزْلَ خَلِيفَتِهِ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْإِمَامِ فَلَا يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ كَالْوَكِيلِ إنه لَا يَمْلِكُ عَزْلَ الْوَكِيلِ الثَّانِي
لِأَنَّ الثَّانِيَ وَكِيلُ الْمُوَكِّلِ في الْحَقِيقَةِ لَا وَكِيلَهُ كَذَا هَهُنَا
إلَّا إذَا أَذِنَ له الْخَلِيفَةُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ من شَاءَ فَيَمْلِكُ عَزْلَهُ وَيَكُونُ ذلك أَيْضًا عَزْلًا من الْخَلِيفَةِ لَا من الْقَاضِي لِأَنَّ الْقَاضِيَ كَالْوَكِيلِ إذَا قال له الْمُوَكِّلُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّوْكِيلَ وَالْعَزْلَ
وإذا عَزَلَ كان الْعَزْلُ في الْحَقِيقَةِ من الْمُوَكِّلِ كَذَا هذا وَعِلْمُ الْمَعْزُولِ بِالْعَزْلِ شَرْطُ صِحَّةِ الْعَزْلِ كما ذَكَرَ في الْوَكَالَةِ وَهَلْ يَنْعَزِلُ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ في الْحُكْمِ عِنْدَنَا لَا يَنْعَزِلُ لَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْعَزْلَ فَيَعْزِلُهُ الْإِمَامُ وَيُعَزِّرُهُ
كَذَا ذَكَرَ في كِتَابِ الْحُدُودِ
وقال مَشَايِخُ الْعِرَاقِ من أَصْحَابِنَا إنَّهُ يَنْعَزِلُ وَقَالُوا صَحَّتْ الرِّوَايَةُ عن أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَنْعَزِلُ
وَاسْتَدَلُّوا بِمَا ذَكَرَ في السِّيَرِ الْكَبِيرِ أَنَّهُ يَخْرُجُ من الْقَضَاءِ لَكِنْ رِوَايَةُ مَشَايِخِنَا أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ من الْقَضَاءِ وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ أَوْلَى لِأَنَّ هذه الرِّوَايَةَ مُشْتَبِهَةٌ وَرِوَايَةُ كِتَابِ الْحُدُودِ مُحْكَمَةٌ لِأَنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الْإِمَامَ يَعْزِلُهُ وَيُعَزِّرُهُ فَكَانَ فِيمَا قُلْنَا حَمْلُ

الْمُحْكَمِ فَكَانَ عَمَلًا بِالرِّوَايَتَيْنِ جميعا فَكَانَ أَوْلَى
وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ عليه الرَّحْمَةُ يَنْعَزِلُ وهو قَوْلُ الْمُعْتَزِلَةِ
وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْقَاضِيَ إذَا فَسَقَ هل يَنْعَزِلُ أو لَا فَعِنْدَنَا لَا يَنْعَزِلُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَنْعَزِلُ
وَبِهِ قالت الْمُعْتَزِلَةُ لَكِنْ بِنَاءً على أَصْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ
فَأَصْلُ الْمُعْتَزِلَةِ أَنَّ الْفِسْقَ يُخْرِجُ صَاحِبَهُ عن الْإِيمَانِ فَيَبْطُلُ أَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ
وَأَصْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَدَالَةَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ كما هِيَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ
لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ الْقَضَاءِ تَدُورُ مع أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وقد زَالَتْ بِالْفِسْقِ فَتَبْطُلُ الْأَهْلِيَّةُ
وَالْأَصْلُ عِنْدَنَا أَنَّ الْكَبِيرَةَ لَا تُخْرِجُ صَاحِبَهَا من الْإِيمَانِ وَالْعَدَالَةُ ليست (((ليس))) بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ كما لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لأهلية (((الأهلية))) الشَّهَادَةُ على ما ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْقِسْمَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنْوَاعِ الْقِسْمَةِ وفي بَيَانِ شَرْعِيَّةِ كل نَوْعٍ وفي بَيَانِ مَعْنَى الْقِسْمَةِ لُغَةً وَشَرْعًا وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الْقِسْمَةِ وفي بَيَانِ صِفَاتِ الْقِسْمَةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْقِسْمَةِ وفي بَيَانِ ما يُوجِبُ نَقْضَ الْقِسْمَةِ بَعْدَ وُجُودِهَا
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْقِسْمَةُ في الْأَمْلَاكِ الْمُشْتَرَكَةِ نَوْعَانِ أَحَدُهُمَا قِسْمَةُ الْأَعْيَانِ وَالثَّانِي قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ وَقِسْمَةُ كل وَاحِدٍ من النَّوْعَيْنِ مَشْرُوعَةٌ أَمَّا قِسْمَةُ الْأَعْيَانِ فَقَدْ عُرِفَتْ شَرْعِيَّتُهَا بِالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ أَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ أَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قَسَّمَ غَنَائِمَ خَيْبَرَ بين الْغَانِمِينَ وَأَدْنَى دَرَجَاتِ فِعْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الشَّرْعِيَّةُ وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فإن الناس اسْتَعْمَلُوا الْقِسْمَةَ من لَدُنْ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم إلَى يَوْمِنَا هذا من غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَتْ شَرْعِيَّتُهُ مُتَوَارَثَةً وَالْمَعْقُولُ يَقْتَضِيهِ تَوْفِيرًا على كل وَاحِدٍ مَصْلَحَتُهُ بِكَمَالِهَا
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ لُغَةً وَشَرْعًا أَمَّا في اللُّغَةِ فَهِيَ عِبَارَةٌ عن إفْرَازِ النَّصِيبِ
وفي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عن إفْرَازِ بَعْضِ الْأَنْصِبَاءِ عن بَعْضٍ وَمُبَادَلَةِ بَعْضٍ بِبَعْضٍ لِأَنَّ ما من جُزْأَيْنِ من الْعَيْنِ الْمُشْتَرَكَةِ لَا يَتَجَزَّآنِ قبل الْقِسْمَةِ إلَّا وَأَحَدُهُمَا مِلْكُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ وَالْآخَرُ مِلْكُ صَاحِبِهِ غير عَيْنٍ فَكَانَ نِصْفُ الْعَيْنِ مَمْلُوكًا لِهَذَا وَالنِّصْفُ مَمْلُوكًا لِذَاكَ على الشُّيُوعِ فإذا قُسِّمَتْ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَالْأَجْزَاءُ الْمَمْلُوكَةُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَائِعَةٌ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ فَتَجْتَمِعُ بِالْقِسْمَةِ في نَصِيبِهِ دُونَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَجْتَمِعَ في نَصِيبِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجْزَاءٌ بَعْضُهَا مَمْلُوكَةٌ له وَبَعْضُهَا مَمْلُوكَةٌ لِصَاحِبِهِ على الشُّيُوعِ فَلَوْ لم تَقَعْ الْقِسْمَةُ مُبَادَلَةً في بَعْضِ أَجْزَاءِ الْمَقْسُومِ لم يَكُنْ الْمَقْسُومُ كُلُّهُ مِلْكًا لِلْمَقْسُومِ عليه بَلْ يَكُونُ بَعْضُهُ مِلْكَ صَاحِبِهِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ مِنْهُمَا بِالتَّرَاضِي أو بطلبهما (((بطلبها))) من الْقَاضِي رِضًا من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِزَوَالِ مِلْكِهِ عن نِصْفِ نَصِيبِهِ بِعِوَضٍ وهو نِصْفُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وهو تَفْسِيرُ الْمُبَادَلَةِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ

فِي حَقِّ الْأَجْزَاءِ الْمَمْلُوكَةِ له إفْرَازًا وَتَمْيِيزًا أو تَعْيِينًا لها في الْمِلْكِ وفي حَقِّ الْأَجْزَاءِ الْمَمْلُوكَةِ لِصَاحِبِهِ مُعَاوَضَةً وَهِيَ مُبَادَلَةُ بَعْضِ الْأَجْزَاءِ الْمُجْتَمِعَةِ في نَصِيبِهِ بِبَعْضِ الْأَجْزَاءِ الْمُجْتَمِعَةِ في نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَكَانَتْ إفْرَازَ بَعْضِ الْأَنْصِبَاءِ وَمُعَاوَضَةَ الْبَعْضِ ضَرُورَةً وَهَذَا هو حَقِيقَةُ الْقِسْمَةِ الْمَعْقُولَةِ في الْأَمْلَاكِ الْمُشْتَرَكَةِ فَكَانَ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ لَازِمًا في كل قِسْمَةٍ شَرْعِيَّةٍ إلَّا أَنَّهُ أعطي لها حُكْمَ الْإِفْرَازِ في ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ في بَعْضِ الْأَحْكَامِ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ من الْعِوَضِ مِثْلُ الْمَتْرُوكِ من الْمُعَوَّضِ فَجُعِلَ كَأَنَّهُ يَأْخُذُ عَيْنَ حَقِّهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُقْرِض حتى كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ فَجُعِلَ إفْرَازًا حكا (((حكما)))
وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في غَيْرِ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ
فَإِنْ قِيلَ أَلَيْسَ إنه يُجْبَرُ على الْقِسْمَةِ وَالْمُعَاوَضَاتُ مِمَّا لَا يجري فيها الْجَبْرُ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ
فَالْجَوَابُ إن الْمُعَاوَضَةَ قد يجري فيها الْجَبْرُ
أَلَا تَرَى أَنَّ الْغَرِيمَ يُجْبَرُ على قَضَاءِ الدَّيْنِ وَقَضَاءُ الدَّيْنِ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِطَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ على ما بَيَّنَّا في كِتَابِ الْوَكَالَةِ دَلَّ أَنَّ الْجَبْرَ لَا يَنْفِي الْمُعَاوَضَةَ فَجَازَ أَنْ يُجْبَرَ على الْقِسْمَةِ وَإِنْ كانت مُعَاوَضَةً مع ما أَنَّ الْجَبْرَ لَا يَجْرِي في الْمُعَاوَضَاتِ الْمُطْلَقَةِ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ
وَالْقِسْمَةُ لَيْسَتْ بِمُعَاوَضَةٍ مُطْلَقَةٍ بَلْ هِيَ إفْرَازٌ من وَجْهٍ وَمُعَاوَضَةٌ من وَجْهٍ فَجَازَ أَنْ يَجْرِيَ فيها الْجَبْرُ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ تَخْرُجُ قِسْمَةُ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ إنها لَا تَجُوزُ مُجَازَفَةً
كما لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا مُجَازَفَةً لِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ
وَذَكَرَ في الْكِتَابِ في كُرِّ حِنْطَةٍ مُشْتَرَكٍ بين

رَجُلَيْنِ ثَلَاثُونَ منه رَدِيئَةً وَعَشَرَةٌ منه جَيِّدَةً قِيمَتُهَا سَوَاءٌ فَأَرَادَا أَنْ يَقْتَسِمَاهُ فَيَأْخُذَ أَحَدُهُمَا ثَلَاثِينَ وَالْآخَرُ عَشَرَةً أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِتَمَكُّنِ الرِّبَا فيه لِتَحَقُّقِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ
وَلَوْ زَادَ صَاحِبُ الزِّيَادَةِ ثَوْبًا أو شيئا آخَرَ جَازَ لِأَنَّ الزياة (((الزيادة))) صَارَتْ مُقَابِلَةً بِالثَّوْبِ فَزَالَ مَعْنَى الرِّبَا
وقال في زَرْعٍ مُشْتَرَكٍ بين رَجُلَيْنِ في أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُمَا فَأَرَادَا قِسْمَةَ الزَّرْعِ دُونَ الْأَرْضِ وقد سَنْبَلَ الزَّرْعُ إنَّهُ لَا تَجُوزُ قِسْمَتُهُ لِأَنَّ قِسْمَتَهُ بِطَرِيقِ الْمُجَازَفَةِ وَلَا تَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ بِطَرِيقِ الْمُجَازَفَةِ في الْأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ
وَكَذَا لو أَوْصَى بِصُوفٍ على ظَهْرِ غَنَمٍ لِرَجُلَيْنِ أو أَوْصَى بِاللَّبَنِ في الضَّرْعِ لَهُمَا لم تَجُزْ قِسْمَتُهُ قبل الْجَزِّ وَالْحَلْبِ لِأَنَّ الصُّوفَ وَاللَّبَنَ من الْأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ فَلَا يَحْتَمِلَانِ الْقِسْمَةَ مُجَازَفَةً كما لَا يَحْتَمِلَانِ الْبَيْعَ مُجَازَفَةً وَكَذَا خِيَارُ الْعَيْبِ يَدْخُلُ في نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ كما يَدْخُلُ في الْبَيْعِ وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ يَدْخُلُ في أَحَدِ النَّوْعَيْنِ دُونَ الْآخَرِ لَا لِانْعِدَامِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ بَلْ لِمَعْنًى آخَرَ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ
وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلَانِ من رَجُلٍ كُرَّ حِنْطَةٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَاقْتَسَمَاهُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ

مِنْهُمَا أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً على خَمْسِينَ دِرْهَمًا وَلَوْ اشْتَرَيَا دَارًا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَاقْتَسَمَاهَا ليس لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً على خَمْسِينَ وَإِنَّمَا افْتَرَقَ النَّوْعَانِ في هذا الْحُكْمِ لَا لِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْإِفْرَازِ في أَحَدِهِمَا وَالْمُبَادَلَةُ في الْآخَرِ بَلْ لِمَعْنًى آخَرَ وهو أَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِمِثْلِ الْمَذْكُورِ ثَمَنًا في الْأَوَّلِ مع زِيَادَةِ شَيْءٍ وَإِنَّمَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِمِثْلِ الْمَذْكُورِ ثَمَنًا في الْأَوَّلِ مع زِيَادَةِ شَيْءٍ فِيمَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ

وَأَمَّا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ فَلَا كما إذَا اشْتَرَى كُرَّ حِنْطَةٍ بِكُرِّ حِنْطَةٍ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على الْكُرِّ

كَذَا هُنَا بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ ذلك مُعَاوَضَةٌ مَقْصُودَةٌ وَالْمُعَاوَضَةُ في الْقِسْمَةِ لَيْسَتْ بِمَقْصُودَةٍ وإذا كان كَذَلِكَ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ هذا الثَّمَنِ شَرْعًا في هذا الْحُكْمِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ فَكَانَ له أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً على أَوَّلِ ثَمَنٍ يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وهو الْخَمْسُونَ بِخِلَافِ قِسْمَةِ الدَّارِ لِأَنَّ هُنَاكَ يُمْكِنُ الْبَيْعُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وهو ثَمَنُ الْقِسْمَةِ وَزِيَادَةُ شَيْءٍ بِأَنْ يَبِيعَ نِصْفَهُ من شَرِيكِهِ بِالنِّصْفِ الذي في يَدِهِ وَرِبْحُ دِرْهَمٍ مَثَلًا كما إذَا اشْتَرَى دَارًا بِدَارٍ أو اشْتَرَى كُرَّ حِنْطَةٍ بِثَوْبٍ فَأَمْكَنَ بَيْعُهُ مُرَابَحَةً على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ في الْجُمْلَةِ فلم يَجُزْ بَيْعُهُ مُرَابَحَةً على خَمْسِينَ إلَّا أَنَّهُ إذَا بَاعَهُ مُرَابَحَةً أو بَاعَهُ من بَائِعِهِ بِالنِّصْفِ الذي في يَدِهِ بِرِبْحِ (دَهٍ يازده) لَا يَجُوزُ لِمَعْنًى عُرِفَ في كِتَابِ الْبُيُوعِ

وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِ الْقِسْمَةِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْقَاسِمِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْسُومِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْسُومِ له

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْقَاسِمِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ هو شَرْطُ الْجَوَازِ وَنَوْعٌ هو شَرْطُ الِاسْتِحْبَابِ

أَمَّا شَرَائِطُ الْجَوَازِ فَأَنْوَاعٌ منها الْعَقْلُ فَلَا تَجُوزُ قِسْمَةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْعَقْلَ من شَرَائِطِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ فَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْقِسْمَةِ حتى تَجُوزَ قِسْمَةُ الصَّبِيِّ الذي يَعْقِلُ الْقِسْمَةَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ

وَكَذَلِكَ الْإِسْلَامُ وَالذُّكُورَةُ وَالْحُرِّيَّةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْقِسْمَةِ فَتَجُوزُ قِسْمَةُ الذِّمِّيِّ وَالْمَرْأَةِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ من أَهْلِ الْبَيْعِ فَكَانُوا من أَهْلِ الْقِسْمَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الْمِلْكُ وَالْوِلَايَةُ فَلَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ بِدُونِهِمَا

أَمَّا الْمِلْكُ فَالْمَعْنِيُّ بِهِ أَنْ يَكُونَ الْقَاسِمُ مَالِكًا فَيَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ بِالتَّرَاضِي

وَأَمَّا الْوِلَايَةُ فَنَوْعَانِ وِلَايَةُ قَضَاءٍ وَوِلَايَةُ قَرَابَةٍ إلَّا أَنَّ شَرْطَ وِلَايَةِ الْقَضَاءِ الطَّلَبُ فَيَقْسِمُ الْقَاضِي وَأَمِينُهُ على الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ وَالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ وَالْحُرِّ وَالْعَبْدِ وَالْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ عِنْدَ طَلَبِ الشُّرَكَاءِ كُلِّهِمْ أو بَعْضِهِمْ على ما نَذْكُرُهُ وَلَا يُشْتَرَطُ ذلك في وِلَايَةِ الْقَرَابَةِ فَيَقْسِمُ الْأَبُ وَوَصِيُّهُ وَالْجَدُّ وَوَصِيُّهُ على الصَّغِيرِ وَالْمَعْتُوهِ من غَيْرِ طَلَبِ أَحَدٍ

وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ كُلَّ من له وِلَايَةُ الْبَيْعِ فَلَهُ وِلَايَةُ الْقِسْمَةِ وَمَنْ لَا فَلَا وَلِهَؤُلَاءِ وِلَايَةُ الْبَيْعِ فَكَانَتْ لهم وِلَايَةُ الْقِسْمَةِ

وَكَذَا الْقَاضِي له وِلَايَةُ بَيْعِ مَالِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ في الْجُمْلَةِ فَكَانَ له وِلَايَةُ الْقِسْمَةِ في الْجُمْلَةِ

وَأَمَّا وَصِيُّ الْأُمِّ وَوَصِيُّ الْأَخِ وَالْعَمِّ فَيَقْسِمُ الْمَنْقُولَ دُونَ الْعَقَارِ لِأَنَّ له وِلَايَةَ بَيْعِ الْمَنْقُولِ دُونَ الْعَقَارِ

وفي وَصِيِّ الْمُكَاتَبِ إذَا مَاتَ عن وَفَاءٍ أَنَّهُ هل يَقْسِمُ فيه رِوَايَتَانِ

وَهَذَا كُلُّهُ يُقَرِّرُ ما قُلْنَا إنَّ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ لَازِمٌ في الْقِسْمَةِ حَيْثُ جَعَلَ سَبِيلَهُ

سَبِيلَ الْبَيْعِ في الْوِلَايَةِ وَلَا يَقْسِمُ وَصِيُّ الْمَيِّتِ على الْمُوصَى له لِانْعِدَامِ وِلَايَتِهِ عليه
وَكَذَا لَا يَقْسِمُ الْوَرَثَةُ عليه لِانْعِدَامِ وِلَايَتِهِمْ عليه لِأَنَّ الْمُوصَى له كَوَاحِدٍ من الْوَرَثَةِ وَلَا يَقْسِمُ بَعْضُ الْوَرَثَةِ على بَعْضٍ لِانْعِدَامِ الْوِلَايَةِ فَلَا يَقْسِمُونَ على الموصي له وَلَوْ اقْتَسَمُوا وهو غَائِبٌ نُقِضَتْ قِسْمَتُهُمْ لَكِنْ هذا إذَا كانت الْقِسْمَةُ بِالتَّرَاضِي فَإِنْ

(7/18)

كانت بقضاءالقاضي تَنْفُذُ وَلَا تُنْقَضُ لِمَا نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَأَمَّا شَرَائِطُ الِاسْتِحْبَابِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ عَدْلًا أَمِينًا عَالِمًا بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ لو كان غير عَدْلٍ خَائِنًا أو جَاهِلًا بِأُمُورِ الْقِسْمَةِ يُخَافُ منه الْجَوْرُ في الْقِسْمَةِ لَا يَجُوزُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَنْصُوبَ الْقَاضِي لِأَنَّ قِسْمَةَ غَيْرِهِ لَا تَنْفُذُ على الصَّغِيرِ وَالْغَائِبِ وَلِأَنَّهُ أَجْمَعُ لِشَرَائِطِ الْأَمَانَةِ وَالْأَفْضَلُ أَنْ يَرْزُقَهُ من بَيْتِ الْمَالِ لِيَقْسِمَ لناس (((للناس))) من غَيْرِ أَجْرٍ عليهم لِأَنَّ ذلك أَرْفَقُ بِالْمُسْلِمِينَ فَإِنْ لم يُمْكِنْهُ أَنْ يَرْزُقَهُ من بَيْتِ الْمَالِ يَقْسِمُ لهم بِأَجْرٍ عليهم وَلَكِنْ يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُقَدِّرَ له أُجْرَةً مَعْلُومَةً كيلا يَتَحَكَّمَ على الناس
وَلَوْ أَرَادَ الناس أَنْ يَسْتَأْجِرُوا قَسَّامًا آخَرَ غير الذي نَصَبَهُ الْقَاضِي لَا يَمْنَعُهُمْ الْقَاضِي عن ذلك وَلَا يُجْبِرُهُمْ أَنْ يَسْتَأْجِرُوا قَسَّامًا لِأَنَّهُ لو فَعَلَ ذلك لَعَلَّهُ لَا يَرْضَى إلَّا بِأُجْرَةٍ كَثِيرَةٍ فَيَتَضَرَّرُ الناس
وَكَذَا لَا يَتْرُكُ الْقَسَّامِينَ يَشْتَرِكُونَ في الْقِسْمِ لِمَا قُلْنَا
وَمِنْهَا الْمُبَالَغَةُ في تَعْدِيلِ الْأَنْصِبَاءِ وَالتَّسْوِيَةُ بين السِّهَامِ بِأَقْصَى الْإِمْكَانِ لِئَلَّا يَدْخُلَ قُصُورٌ في سَهْمٍ
وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَدَعَ حَقًّا بين شَرِيكَيْنِ غير مَقْسُومٍ من الطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ وَالشِّرْبِ إلَّا إذَا لم يُمْكِنْ
وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَضُمَّ نَصِيبَ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ إلَى بَعْضٍ إلَّا إذَا رَضَوْا بِالضَّمِّ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى الْقِسْمَةِ ثَانِيًا
وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُدْخِلَ في قِسْمَةِ الدَّارِ وَنَحْوِهَا الدَّرَاهِمَ إلَّا إذَا كان لَا يُمْكِنُ الْقِسْمَةُ إلَّا كَذَلِكَ لِأَنَّ مَحِلَّ الْقِسْمَةِ الْمِلْكُ الْمُشْتَرَكُ وَلَا شِرْكَةَ في الدَّرَاهِمِ فَلَا يُدْخِلُهَا في الْقِسْمَةِ إلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ
وَمِنْهَا أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمْ بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْقِسْمَةِ وَيَشْتَرِطُ عليهم قَبُولَ من خَرَجَ سَهْمُهُ أَوَّلًا فَلَهُ هذا السَّهْمُ من هذا الْجَانِبِ من الدَّارِ
وَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ بَعْدَهُ فَلَهُ السَّهْمُ الذي يَلِيهِ هَكَذَا
ثُمَّ يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ لَا لِأَنَّ الْقُرْعَةَ يَتَعَلَّقُ بها حُكْمٌ بَلْ لِتَطْيِيبِ النُّفُوسِ وَلِوُرُودِ السُّنَّةِ بها
وَلِأَنَّ ذلك أَنْفَى لِلتُّهْمَةِ فَكَانَ سُنَّةً
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وإذا قَسَمَ بأجر (((بأجرة))) فَأُجْرَةُ الْقِسْمَةِ على عَدَدِ الرؤوس عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا رَحِمَهُمَا اللَّهُ على قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ أُجْرَةَ الْقِسْمَةِ من مُؤْنَاتِ الْمِلْكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ كَالنَّفَقَةِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ الْأُجْرَةَ بِمُقَابِلَةِ الْعَمَلِ وَعَمَلُهُ في حَقِّ الْكُلِّ على السَّوَاءِ فَكَانَتْ الْأُجْرَةُ عليهم على السَّوَاءِ وَهَذَا لِأَنَّ عَمَلَهُ تَمْيِيزُ الْأَنْصِبَاءِ وَالتَّمْيِيزُ عَمَلٌ وَاحِدٌ لِأَنَّ تَمْيِيزَ الْقَلِيلِ من الْكَثِيرِ هو بِعَيْنِهِ تَمْيِيزُ الْكَثِيرِ من الْقَلِيلِ
وَالتَّفَاوُتُ في شَيْءٍ وَاحِدٍ مُحَالٌ وإذا لم يَتَفَاوَتْ الْعَمَلُ لَا تَتَفَاوَتُ الْأُجْرَةُ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ لِأَنَّهَا بِمُقَابَلَةِ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ يَتَفَاوَتُ فَهُوَ الْفَرْقُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْسُومِ له فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ لَا يَلْحَقَهُ ضَرَرٌ في أَحَدِ نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ دُونَ النَّوْعِ الْآخَرِ
وَبَيَانُ ذلك أَنَّ الْقِسْمَةَ نَوْعَانِ قِسْمَةُ جَبْرٍ
وَهِيَ التي يَتَوَلَّاهَا الْقَاضِي وَقِسْمَةُ رِضًا وَهِيَ التي يَفْعَلُهَا الشُّرَكَاءُ بِالتَّرَاضِي وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على نَوْعَيْنِ قِسْمَةُ تَفْرِيقٍ وَقِسْمَةُ جَمْعٍ
أَمَّا قِسْمَةُ التَّفْرِيقِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ تَعَالَى التَّوْفِيقُ إنَّ الذي تُصَادِفُهُ الْقِسْمَةُ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا ضَرَرَ في تَبْعِيضِهِ بِالشَّرِيكَيْنِ أَصْلًا بَلْ لَهُمَا فيه مَنْفَعَةٌ
وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا في تَبْعِيضِهِ مَضَرَّةٌ فَإِنْ كان مِمَّا لَا مَضَرَّةَ في تَبْعِيضِهِ أَصْلًا بَلْ فيه مَنْفَعَةٌ لِلشَّرِيكَيْنِ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ فَتَجُوزُ قِسْمَةُ التَّفْرِيقِ فيها قِسْمَةَ جَبْرٍ كما تَجُوزُ فيها قِسْمَةُ الرِّضَا لِتُحَقِّقَ ما شُرِعَ له الْقِسْمَةُ وهو تَكْمِيلُ مَنَافِعِ الْمِلْكِ وَإِنْ كان مِمَّا في تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ فَلَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ فيه ضَرَرٌ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فيه ضَرَرٌ بِأَحَدِهِمَا نَفْعٌ في حَقِّ الْآخَرِ فَإِنْ كان في تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا تَجُوزُ قِسْمَةُ الْجَبْرِ فيه وَذَلِكَ نَحْوُ اللُّؤْلُؤَةِ الْوَاحِدَةِ وَالْيَاقُوتَةِ وَالزُّمُرُّدَةِ وَالثَّوْبِ الْوَاحِدِ وَالسَّرْجِ وَالْقَوْسِ وَالْمُصْحَفِ الْكَرِيمِ وَالْقَبَاءِ وَالْجُبَّةِ وَالْخَيْمَةِ وَالْحَائِطِ وَالْحَمَّامِ والبيع (((والبيت))) الصَّغِيرِ وَالْحَانُوتِ الصَّغِيرِ وَالرَّحَى وَالْفَرَسِ وَالْجَمَلِ وَالْبَقَرَةِ وَالشَّاةِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ في هذه الْأَشْيَاءِ قِسْمَةُ إضْرَارٍ بِالشَّرِيكَيْنِ جميعا وَالْقَاضِي لَا يَمْلِكُ الْجَبْرَ على الْإِضْرَارِ
وَكَذَلِكَ النَّهْرُ وَالْقَنَاةُ وَالْعَيْنُ وَالْبِئْرُ لِمَا قُلْنَا فَإِنْ كان مع ذلك أَرْضٌ قُسِمَتْ الْأَرْضُ وَتُرِكَتْ الْبِئْرُ وَالْقَنَاةُ على الشَّرِكَةِ فَأَمَّا إذَا كانت أَنْهَارُ الْأَرَضِينَ مُتَفَرِّقَةً أو عُيُونًا أو آبَارًا قُسِمَتْ الْآبَارُ وَالْعُيُونُ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ في الْقِسْمَةِ
وَكَذَا الْبَابُ وَالسَّاحَةُ وَالْخَشَبَةُ إذَا كان في قَطْعِهِمَا ضَرَرٌ
فَإِنْ كانت الْخَشَبَةُ كَبِيرَةً يُمْكِنُ تَعْدِيلُ الْقِسْمَةِ فيها من غَيْرِ ضَرَرٍ جَازَتْ
وَتَجُوزُ قِسْمَةُ الرِّضَا في هذه الْأَشْيَاءِ بِأَنْ يَقْتَسِمَاهَا بِأَنْفُسِهِمَا بِتَرَاضِيهِمَا لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الْإِضْرَارَ بِأَنْفُسِهِمَا مع ما أَنَّ ذلك لَا يَخْلُو عن نَوْعِ نَفْعٍ وما لَا تَجْرِي

فيه القسم (((القسمة))) لَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا على بَيْعِ حِصَّتِهِ من صَاحِبِهِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا اخْتَصَمَا فيه بَاعَ الْقَاضِي وَقَسَمَ الثَّمَنَ بَيْنَهُمَا
وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الْجَبْرَ على إزَالَةِ الْمِلْكِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ

وَعَلَى هذا طَرِيقٌ بين رَجُلَيْنِ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ وَأَبَى الْآخَرُ فَإِنْ كان يَسْتَقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَرِيقٌ نَافِذٌ بَعْدَ الْقِسْمَةِ يُجْبَرُ علي الْقِسْمَةِ
لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تَقَعُ تَحْصِيلًا لِمَا شُرِعَتْ له وهو تَكْمِيلُ مَنَافِعِ الْمِلْكِ فَيُجْبَرُ عليها
وَإِنْ كان لَا يَسْتَقِيمُ لَا يُجْبَرُ على الْقِسْمَةِ لِأَنَّهَا قِسْمَةُ إضْرَارٍ بِالشَّرِيكَيْنِ فَلَا يَلِيهَا الْقَاضِي إلَّا إذَا كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في نَصِيبِهِ من الدَّارِ مَفْتَحٌ من وَجْهٍ آخَرَ فَيَقْسِمُ أَيْضًا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ في هذه الصُّورَةِ لَا تَقَعُ إضْرَارًا
وَلَوْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا جَازَتْ لِتَرَاضِيهِمَا بِالضَّرَرِ
وَكَذَلِكَ الْمَسِيلُ الْمُشْتَرَكُ إذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ وَأَبَى الْآخَرُ
وَإِنْ كان بِحَالٍ لو قُسِمَ يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ قَدْرُ ما يَسِيلُ مَاؤُهُ
أو كان له مَوْضِعٌ آخَرُ يُمْكِنُهُ التَّسْيِيلُ فيه يَقْسِمُ
وَإِنْ لم يُمْكِنْ لم يَقْسِمْ لِمَا ذَكَرْنَا في الطَّرِيقِ
وَعَلَى هذا إذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا مَفْتَحَ الدَّارِ من غَيْرِ رَفْعِ الطَّرِيقِ وَأَبَى الْآخَرُ إلابرفع الطَّرِيقِ أَنَّهُ إنْ كان لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَفْتَحٌ آخَرُ يَفْتَحُهُ في نَصِيبِهِ قَسَمَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ رَفْعِ الطَّرِيقِ لِأَنَّ ما هو الْمَطْلُوبُ من الْقِسْمَةِ وهو تَكْمِيلُ مَنَافِعِ الْمِلْكِ في هذه الْقِسْمَةِ أَوْفَرُ وَإِنْ لم يَكُنْ رَفَعَ بَيْنَهُمَا طَرِيقًا وَقَسَمَ الْبَاقِي
لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ بَيْنَهُمَا مَفْتَحٌ كانت الْقِسْمَةُ بِغَيْرِ طَرِيقٍ تَفْوِيتًا لِلْمَنْفَعَةِ لَا تَكْمِيلًا لها فَكَانَتْ إضْرَارًا بِهِمَا وَهَذَا لَا يَجُوزُ إلَّا إذَا اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا بِغَيْرِ طَرِيقٍ فَيَجُوزُ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ اخْتَلَفَا في سَعَةِ الطَّرِيقِ وَضِيقِهِ جُعِلَ الطَّرِيقُ على قَدْرِ عَرْضِ بَابِ الدَّارِ وَطُولِهِ على أَدْنَى ما يَكْفِيهَا لِأَنَّ الطَّرِيقَ وُضِعَ لِلِاسْتِطْرَاقِ وَالْبَابُ هو الْمَوْضُوعُ مَدْخَلًا إلَى أَدْنَى ما يَكْفِي لِلِاسْتِطْرَاقِ فَيَحْكُمُ فيه
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا إذَا بَنَى رَجُلَانِ في أَرْضِ رَجُلٍ بِإِذْنِهِ وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ الْبِنَاءِ وَأَبَى الْآخَرُ وَصَاحِبُ الْأَرْضِ غَائِبٌ لم تُقْسَمْ
لِأَنَّ الْأَرْضَ الْمَبْنِيَّ عليها بَيْنَهُمَا شَائِعٌ بِالْإِعَارَةِ أو بِالْإِجَارَةِ فَلَوْ قَسَمَ الْبِنَاءَ بَيْنَهُمَا لَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبِيلٌ في بَعْضِ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَفِيهِ ضَرَرٌ فَلَا يُجْبَرُ على القسم (((القسمة))) وَلَوْ اقْتَسَمَا بِالتَّرَاضِي جَازَتْ وَكَذَا لو هَدَمَهَا وَكَانَتْ الْآلَةُ بَيْنَهُمَا
وَعَلَى هذا زَرْعٌ بين رَجُلَيْنِ في أَرْضِ مملكة (((مملوكة))) لَهُمَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ الزَّرْعِ دُونَ الْأَرْضِ فَإِنْ كان الزَّرْعُ قد بَلَغَ وَسَنْبَلَ لَا يَقْسِمُ لِمَا ذَكَرْنَا من قَبْلُ
وَلَوْ طَلَبَا جميعا لَا يَقْسِمُ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَانِعَ هو الرِّبَا وَحُرْمَةُ الرِّبَا لَا تَحْتَمِلُ الِارْتِفَاعَ بِالرِّضَا
وَإِنْ كان الزَّرْعُ بَقْلًا فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا لَا يَقْسِمُ أَيْضًا لِأَنَّ الْأَرْضَ مَمْلُوكَةٌ لَهُمَا على الشَّرِكَةِ فَلَوْ قَسَمَ لَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبِيلٍ من الْقَطْعِ وَفِيهِ ضَرَرٌ وَلَا جَبْرَ على الضَّرَرِ
وَلَوْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا وَشَرَطَا الْقَطْعَ جَازَتْ لِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِالضَّرَرِ وَلَوْ شَرَطَا التَّرْكَ لم يَجُزْ لِأَنَّ رَقَبَةَ الْأَرْضِ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا فَكَانَ شَرْطُ التَّرْكِ مِنْهُمَا في الْقِسْمَةِ شَرْطًا لِانْتِفَاعِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِلْكِ شَرِيكِهِ
وَمِثْلُ هذا الشَّرْطِ مُفْسِدٌ لِلْبَيْعِ فَكَانَ فسدا (((مفسدا))) لِلْقِسْمَةِ لِأَنَّ فيها مَعْنَى الْبَيْعِ
وَكَذَلِكَ لو لم تَكُنْ الْأَرْضُ مَمْلُوكَةً لَهُمَا وَكَانَتْ في أَيْدِيهِمَا بِالْإِعَارَةِ أو بِالْإِجَارَةِ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ لَا تُقْسَمُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا جَازَتْ بِشَرْطِ الْقَطْعِ وَلَا

تَجُوزُ بِشَرْطِ التَّرْكِ كَالْبَيْعِ على ما ذِكْرِنَا
وَكَذَلِكَ طَلْعٌ بين رَجُلَيْنِ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ الطَّلْعِ دُونَ النَّخْلِ وَالْأَرْضِ لم يَقْسِمْ لِمَا ذَكَرْنَا في الزَّرْعِ وَلَوْ اقْتَسَمَا بِالتَّرَاضِي فَإِنْ شَرَطَا الْقَطْعَ جَازَ وَإِنْ شَرَطَا التَّرْكَ لم يَجُزْ لِمَا ذَكَرْنَا في الزَّرْعِ
وَلَوْ تَرَكَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ فَأَدْرَكَ وَقَلَعَ فَالْفَضْلُ له طَيِّبٌ لِأَنَّهُ وَإِنْ حَصَلَ في مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ لَكِنَّهُ حَصَلَ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ فَلَا يَكُونُ خَبِيثًا وَإِنْ لم يَأْذَنْ له يَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ لِتَمَكُّنِ الْخُبْثِ فيه فَكَانَ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ
هذا إذَا كان شيئا في تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ بِكُلِّ وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ فَأَمَّا إذَا كان شيئا في تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ كَالدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ بين رَجُلَيْنِ وَلِأَحَدِهِمَا فيها شِقْصٌ قَلِيلٌ فَإِنْ طَلَبَ الْكَثِيرِ الْقِسْمَةَ قُسِمَتَا إجْمَاعًا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ في حَقِّهِ مُفِيدَةٌ لِوُقُوعِهَا مُحَصَّلَةً لِمَا شُرِعَتْ له من تَكْمِيلِ مَنَافِعِ الْمِلْكِ وفي حَقِّ صَاحِبِ الْقَلِيلِ تَقَعُ مَنْعًا له من الِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ إذْ لَا يَقْدِرُ صَاحِبُ الْقَلِيلِ على الِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِهِ إلَّا بِالِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِ صَاحِبِ الْكَثِيرِ لِقِلَّةِ نَصِيبِهِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ في حَقِّهِ مَنْعًا له من الِانْتِفَاعِ بِنَصِيبِ شَرِيكِهِ فَجَازَتْ
وَإِنْ طَلَبَ صَاحِبُ الْقَلِيلِ الْقِسْمَةَ فَقَدْ ذَكَرَ الْحَاكِمُ الْجَلِيلُ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّهُ يُقْسَمُ وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُقْسَمُ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ أَنَّهُ لَا ضَرَرَ في هذه الْقِسْمَةِ في حَقِّ صَاحِبِ الْكَثِيرِ بَلْ له فيه مُنَفِّعَةٌ فَكَانَ في الْإِبَاءِ مُتَعَنِّتًا فَلَا يُعْتَبَرُ إبَاؤُهُ وَصَاحِبُ الْقَلِيلِ قد

رضي بِالضَّرَرِ حَيْثُ طَلَبَ الْقِسْمَةَ فَيُجْبَرُ على الْقِسْمَةِ كما إذَا لم يَكُنْ في تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ بِأَحَدِهِمَا أَصْلًا بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هُنَاكَ تَقَعُ الْقِسْمَةُ إضْرَارًا بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ولم يُوجَدْ الرِّضَا بِالضَّرَرِ وَالْقَاضِي لَا يَمْلِكُ الْجَبْرَ على الْإِضْرَارِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ مُتَعَنِّتٌ في طَلَبِ الْقِسْمَةِ لتكون (((لكون))) الْقِسْمَةِ ضَرَرًا مَحْضًا في حَقِّهِ فَلَا يُعْتَبَرُ طَلَبُهُ وَقِسْمَةُ الْجَبْرِ لم تُشْرَعْ بِدُونِ الطَّلَبِ وَلَوْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا جَازَتْ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ قد رضي بِالضَّرَرِ بِنَفْسِهِ وَلَا ضَرَرَ فيه لِصَاحِبِ الْكَثِيرِ أَصْلًا فَجَازَتْ قِسْمَتُهَا
وَعَلَى هذا دَارٌ بين شَرِيكَيْنِ قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا فَأَصَابَ أَحَدَهُمَا مَوْضِعٌ بِغَيْرِ طَرِيقٍ شُرِطَ له في الْقِسْمَةِ فَإِنْ كان له فِيمَا أَصَابَهُ مَفْتَحٌ إلَى الطَّرِيقِ جَازَتْ الْقِسْمَةُ لِأَنَّهُ لَا مَضَرَّةَ له فيها إذْ يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ بِنَصِيبِهِ بِفَتْحِ طَرِيقٍ آخَرَ وَإِنْ لم يَكُنْ له فِيمَا أَصَابَهُ مَفْتَحٌ أَصْلًا فَإِنْ ذَكَرَ الْحُقُوقَ في الْقِسْمَةِ فَلَهُ حَقُّ الِاخْتِيَارِ في نَصِيبِ صَاحِبِهِ لِأَنَّ الطَّرِيقَ من الْحُقُوقِ فَصَارَ مَذْكُورًا بِذِكْرِ الْحُقُوقِ وَإِنْ لم يُذْكَرْ لم تَجُزْ الْقِسْمَةُ لِأَنَّهَا قِسْمَةُ إضْرَارٍ في حَقِّ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ
وَكَذَلِكَ إذَا قُسِمَتْ بِغَيْرِ مَسِيلٍ شُرِطَ لأحدها (((لأحدهما))) وَوَقَعَ الْمَسِيلُ في نَصِيبِ الْآخَرِ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا في الطَّرِيقِ
وَلَوْ اقْتَسَمَا على أَنْ لَا طَرِيقَ له وَلَا مَسِيلَ جَازَتْ لِأَنَّهُ رضي بِالضَّرَرِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا الْأَصْلِ تَخْرُجُ قِسْمَةُ الْجَمْعِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عليها في جِنْسَيْنِ لِأَنَّهَا في الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ تَقَعُ إضْرَارًا في حَقِّ أَحَدِهِمَا فَلَا يُجْبَرُ عليها على ما سَنَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
هذا الذي ذَكَرْنَا قِسْمَةُ التَّفْرِيقِ وَأَمَّا قِسْمَةُ الْجَمْعِ فَهِيَ أَنْ يَجْمَعَ نَصِيبَ كل وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ في عَيْنٍ على حِدَةٍ وَأَنَّهَا جَائِزَةٌ في جِنْسٍ وَاحِدٍ وَلَا تَجُوزُ في جِنْسَيْنِ لِأَنَّهَا عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ تَقَعُ وَسِيلَةً إلَى ما شُرِعَتْ له وهو تَكْمِيلُ مَنَافِعِ الْمِلْكِ وَعِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ تَقَعُ تَفْوِيتًا لِلْمَنْفَعَةِ لَا تَكْمِيلًا لها
إذَا عَرَفْتَ هذا فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في الْأَمْثَالِ الْمُتَسَاوِيَةِ وَهِيَ الْمَكِيلَاتُ وَالْمَوْزُونَاتُ وَالْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَقَارِبَةُ من جِنْسٍ وَاحِدٍ تُقْسَمُ قِسْمَةَ جَمْعٍ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ ما شُرِعَتْ له الْقِسْمَةُ فيها من غَيْرِ ضَرَرٍ لإنعدام التَّفَاوُتِ
وَكَذَلِكَ تِبْرُ الذَّهَبِ وَتِبْرُ النُّحَاسِ وَتِبْرُ الْحَدِيدِ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ الثِّيَابُ إذَا كانت من جِنْسٍ وَاحِدٍ كَالْهَرَوِيَّةِ
وَكَذَلِكَ الْإِبِلُ وَالْبَقَرُ وَالْغَنَمُ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ وَالْمَطْلُوبِ لَا يَتَفَاحَشُ بَلْ يَقِلُّ وَالتَّفَاوُتُ الْقَلِيلُ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ أو يُجْبَرُ بِالْقِيمَةِ فَيُمْكِنُ تَعْدِيلُ الْقِسْمَةِ فيه
وَكَذَلِكَ اللآلىء (((اللآلئ))) الْمُنْفَرِدَةُ
وَكَذَا الْيَوَاقِيتُ المنفرد (((المنفردة))) لِمَا قُلْنَا وَكَذَا لَا خِلَافَ في أَنَّهُ لَا يُقْسَمُ في جِنْسَيْنِ من الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ والمذروع (((والمزروع))) وَالْعَدَدِيِّ قِسْمَةُ جَمْعٍ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْقُطْنِ وَالْحَدِيدِ وَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ وَالثِّيَابِ الْبَرْدِيَّةِ وَالْمَرْوِيَّةِ
وَكَذَلِكَ اللآلىء (((اللآلئ))) وَالْيَوَاقِيتُ وَكَذَا الْخَيْلُ وَالْإِبِلُ وَالْبَقَرُ وَالْغَنَمُ وَكَذَا إذَا كان من كل جِنْسٍ فَرْدٌ كَبِرْذَوْنٍ وَجَمَلٍ وَبَقَرَةٍ وَشَاةٍ وَثَوْبٍ وَقَبَاءٍ وَجُبَّةٍ وَقَمِيصٍ وَوِسَادَةٍ وَبِسَاطٍ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ لو قُسِمَتْ على الْجَمْعِ كان لَا يَخْلُو من أَحَدِ وجهين (((الوجهين))) إمَّا أَنْ تُقْسَمُ بِاعْتِبَارِ أَعْيَانِهَا وأما أَنْ تُقْسَمُ بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهَا بِأن يَضُمَّ إلَى بَعْضِهَا دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ
لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ فيه ضَرَرًا بِأَحَدِهِمَا لِكَثْرَةِ التَّفَاوُتِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَالْقَاضِي لَا يَمْلِكُ الْجَبْرَ على الضَّرَرِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّ ذلك قِسْمَةٌ في غَيْرِ مَحِلِّهَا لِأَنَّ مَحِلَّهَا الْمِلْكُ الْمُشْتَرَكُ ولم يُوجَدْ في الدَّرَاهِمِ
وَلَوْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا أو تَرَاضَيَا على ذلك جَازَتْ الْقِسْمَةُ حتى لو اقْتَسَمَا ثَوْبَيْنِ مُخْتَلِفَيْ الْقِيمَةِ وزاد مع الْأَوْكَسِ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً جَازَ
وَكَذَا في سَائِرِ الْمَوَاضِعِ وَيَكُونُ ذلك قِسْمَةَ الرِّضَا لَا قِسْمَةَ الْقَضَاءِ
وَكَذَا الْأَوَانِي سَوَاءٌ اخْتَلَفَتْ أُصُولُهَا أو اتَّحَدَتْ لِأَنَّهَا بِالصِّنَاعَةِ أَخَذَتْ حُكْمَ جِنْسَيْنِ حتى جَازَ بَيْعُ الْأَوَانِي الصِّغَارِ وَاحِدًا بِاثْنَيْنِ
وَأَمَّا الرَّقِيقُ فَلَا يُقْسَمُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ قِسْمَةُ جَمْعٍ وَعِنْدَهُمَا يُقْسَمُ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الرَّقِيقَ على اخْتِلَافِ أَوْصَافِهَا وَقِيمَتِهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ فَاحْتَمَلَ الْقِسْمَةَ كَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ من الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وما فيها من التَّفَاوُتِ يُمْكِنُ تَعْدِيلُهُ بِالْقِيمَةِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لم يُوجَدْ شَرْطُ جَوَازِ الْقِسْمَةِ
وَجَوَازُ التَّصَرُّفِ بِدُونِ شَرْطِ جَوَازِهِ مُحَالٌ
وَبَيَانُ ذلك على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا أَنَّا لو قَسَمْنَاهَا رِقًّا بِاعْتِبَارِ أَعْيَانِهَا فَقَدْ أَضْرَرْنَا بِأَحَدِهِمَا لِتَفَاحُشِ التَّفَاوُتِ بين عَبْدٍ وَعَبْدٍ في الْمَعَانِي الْمَطْلُوبَةِ من هذا الْجِنْسِ فَكَانَا في حُكْمِ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ
وَمِنْ شَرْطِ جَوَازِ هذه الْقِسْمَةِ أَنْ لَا تَتَضَمَّنَ ضَرَرًا بِالْمَقْسُومِ عليه
وَلَوْ قَسَمْنَاهَا بِاعْتِبَارِ الْقِيمَةِ لَوَقَعَتْ الْقِسْمَةُ في غَيْرِ مَحِلِّهَا

لِأَنَّ مَحِلَّهَا الْمِلْكُ الْمُشْتَرَكُ وَلَا شِرْكَةَ في الْقِيمَةِ وَالْمَحَلِّيَّةُ من شَرَائِطِ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ فَصَحَّ ما ذَكَرْنَا
وَلَوْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا جَازَ

لِتَرَاضِيهِمَا بِالضَّرَرِ وَكَذَا لو كان مع الرَّقِيقِ غَيْرُهُ قُسِمَ
كَذَا ذَكَرَهُ في كِتَابِ الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ إنْ كان لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ مَقْصُودًا فَيُجْعَلُ تَبَعًا لِمَا يَحْتَمِلُهَا فَيُقْسَمُ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ كَالشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُمَا مَقْصُودًا ثُمَّ يَدْخُلَانِ في الْبَيْعِ تَبَعًا لِلنَّهْرِ وَالْأَرْضِ
كَذَا هذا
وَذَكَرَ الْجَصَّاصُ أَنَّ الْمَذْكُورَ في الْأَصْلِ مَحْمُولٌ على قِسْمَةِ الرِّضَا
وَأَمَّا قِسْمَةُ الْقَضَاءِ فَلَا تَجُوزُ وَإِنْ كان مع غَيْرِهِ لِأَنَّ غير الْمَقْسُومِ ليس تَبَعًا لِلْمَقْسُومِ بَلْ هو أَصْلٌ بِنَفْسِهِ بِخِلَافِ الشُّرْبِ وَالطَّرِيقِ
وَكَذَلِكَ الدُّورُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا تُقْسَمُ قِسْمَةَ جَمْعٍ حتى لو كان بين رَجُلَيْنِ دَارَانِ تُقْسَمُ كُلُّ وَاحِدَةٍ على حِدَتِهَا سَوَاءٌ كَانَتَا مُنْفَصِلَتَيْنِ أو مُتَلَاصِقَتَيْنِ
وَعِنْدَهُمَا يَنْظُرُ الْقَاضِي في ذلك إنْ كان الْأَعْدَلُ في الْجَمْعِ جَمَعَ وَإِنْ كان الْأَعْدَلُ في التَّفْرِيقِ فَرَّقَ
وَكَذَا لو كان بَيْنَهُمَا أَرْضَانِ أو كَرْمَانِ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ
وَأَمَّا الْبَيْتَانِ فَيُقْسَمَانِ قِسْمَةَ جَمْعٍ إجْمَاعًا مُتَّصِلَيْنِ كَانَا أو مُنْفَصِلَيْنِ
وَكَذَا الْمَنْزِلَانِ الْمُتَّصِلَانِ وَأَمَّا الْمُنْفَصِلَانِ في دَارٍ وَاحِدَةٍ فَعَلَى الْخِلَافِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الدُّورَ كلها جنس وَاحِدٌ وَالتَّفَاوُتُ الذي بين الدَّارَيْنِ يُمْكِنُ تَعْدِيلُهُ بِالْقِيمَةِ فَيُفَوَّضُ إلَى رَأْيِ الْقَاضِي إنْ رَأَى الْأَعْدَلَ في التَّفْرِيقِ فَرَّقَ وَإِنْ رَأَى الْأَعْدَلَ في الْجَمْعِ جَمَعَ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الرَّقِيقِ إن الْقِسْمَةَ فيها بِاعْتِبَارِ أَعْيَانِهَا وَيَقَعُ ضَرَرُ التَّفَاوُتِ مُتَفَاحِشًا بين دَارٍ وَدَارٍ لِاخْتِلَافِ الدُّورِ في أَنْفُسِهَا وَاخْتِلَافُهَا بِاخْتِلَافِ الْبِنَاءِ وَالْبِقَاعِ فَكَانَا في حُكْمِ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَالْقِسْمَةُ فيها بِاعْتِبَارِ الْقِيمَةِ تَقَعُ تَصَرُّفًا في غَيْرِ مَحِلِّهِ فَلَا يَصِحُّ
وَلَوْ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا أو بِالْقَاضِي بِتَرَاضِيهِمَا جَازَ لِمَا مَرَّ
وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
وَأَمَّا دَارٌ وَضِيعَةٌ أو دَارٌ وَحَانُوتٌ فَلَا تُجْمَعُ بِالْإِجْمَاعِ بَلْ يَقْسِمُ كُلَّ واحد (((واحدة))) على حِدَةٍ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ
وَمِنْهَا الطَّلَبُ في أَحَدِ نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ وهو قِسْمَةُ الْجَبْرِ حتى إنه لو لم يُوجَدْ الطَّلَبُ من أَحَدٍ من الشُّرَكَاءِ أَصْلًا لم تَجُزْ الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ من الْقَاضِي تَصَرُّفٌ في مِلْكِ الْغَيْرِ وَالتَّصَرُّفُ في مِلْكِ الْغَيْرِ من غَيْرِ إذْنِهِ مَحْظُورٌ في الْأَصْلِ إلَّا أَنَّهُ عِنْدَ طَلَبِ الْبَعْضِ يَرْتَفِعُ الْحَظْرُ لِأَنَّهُ إذَا طَلَبَ عُلِمَ أَنَّهُ له في اسْتِيفَاءِ هذه الشَّرِكَةِ ضَرَرًا إذْ لو كان الطَّلَبُ لِتَكْمِيلِ الْمَنْفَعَةِ لِطَلَبِ صَاحِبِهِ وكان عليه أَنْ يَمْتَنِعَ من الْإِضْرَارِ دِيَانَةً فإذا أَبَى الْقِسْمَةَ عُلِمَ أَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ فَيَدْفَعُ الْقَاضِي ضَرَرَهُ بِالْقِسْمَةِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ في هذه الصُّورَةِ من بَابِ دَفْعِ الضَّرَرِ وَالْقَاضِي نُصِبَ له
وَنَظِيرُهُ الشُّفْعَةُ فإن الشَّفِيعَ يَتَمَلَّكُ الدَّارَ على الْمُشْتَرِي بِالشُّفْعَةِ من غَيْرِ

رضى (((رضا))) دَفْعًا لِضَرَرِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا طَلَبَ الشُّفْعَةَ عُلِمَ أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِجِوَارِهِ فَالشَّرْعُ دَفَعَ ضَرَرَهُ عنه بِإِثْبَاتِ حَقِّ التَّمْلِيكِ بِالشُّفْعَةِ جَبْرًا عليه كَذَا هذا

وَمِنْهَا الرِّضَا في أَحَدِ نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ وهو رِضَا الشُّرَكَاءِ فِيمَا يَقْسِمُونَهُ بِأَنْفُسِهِمْ إذَا كَانُوا من أَهْلِ الرِّضَا أو رِضَا من يَقُومُ مَقَامَهُمْ إذَا لم يَكُونُوا من أَهْلِ الرِّضَا فَإِنْ لم يُوجَدْ لَا يَصِحُّ حتى لو كان في الْوَرَثَةِ صَغِيرٌ لَا وَصِيَّ له أو كَبِيرٌ غَائِبٌ فَاقْتَسَمُوا فَالْقِسْمَةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْقِسْمَةَ فيها مَعْنَى الْبَيْعِ وَقِسْمَةُ الرِّضَا أَشْبَهُ بِالْبَيْعِ ثُمَّ لَا يَمْلِكُونَ الْبَيْعَ إلَّا بِالتَّرَاضِي فَكَذَا الْقِسْمَةُ إلَّا إذَا لم يَكُونُوا من أَهْلِ الرِّضَا كَالصِّبْيَانِ وَالْمَجَانِينِ فَيَقْسِمُ الْوَلِيُّ أو الْوَصِيُّ إذَا كان في الْقِسْمَةِ مَنْفَعَةٌ لهم لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الْبَيْعَ فَيَمْلِكَانِ الْقِسْمَةَ

وَكَذَا إذَا كان فِيهِمْ صَغِيرٌ وَلَهُ وَلِيٌّ أو وَصِيٌّ يَقْتَسِمُونَ بِرِضَا الْوَلِيِّ أو الْوَصِيِّ فَإِنْ لم يَكُنْ نَصَبَ الْقَاضِي عن الصَّغِيرِ وَصِيًّا وَاقْتَسَمُوا بِرِضَاهُ فَإِنْ أَبَى تَرَافَعُوا إلَى الْقَاضِي حتى يَقْسِمَ بَيْنَهُمْ

وَمِنْهَا حَضْرَةُ الشُّرَكَاءِ أو من يَقُومُ مَقَامَهُمْ في نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ حتى لو كان فِيهِمْ كَبِيرٌ غَائِبٌ لَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ أَصْلًا وَلَا يَقْسِمُ الْقَاضِي أَيْضًا إذَا لم يَكُنْ عنه خَصْمٌ حَاضِرٌ وَلَكِنَّهُ لو قَسَمَ لَا تنقض (((تنقص))) قِسْمَتُهُ لِأَنَّهُ صَادَفَ مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ فَلَا يُنْقَضُ

وَمِنْهَا الْبَيِّنَةُ في قِسْمَةِ الْقَضَاءِ في الْإِقْرَارِ بِمِيرَاثِ الْإِقْرَارِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ

وَيَقْسِمُ بِإِقْرَارِهِمْ فَنَقُولُ جُمْلَةُ الْكَلَامِ في بَيَانِ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ أن جَمَاعَةً إذَا جاؤوا إلَى الْقَاضِي وَهُمْ عُقَلَاءُ بَالِغُونَ أَصِحَّاءُ في أَيْدِيهِمْ مَالٌ فَأَقَرُّوا أَنَّهُ مِلْكُهُمْ وَطَلَبُوا الْقِسْمَةَ من الْقَاضِي فَهَذَا لَا يَخْلُو في الْأَصْلِ من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يُقِرُّوا بِالْمِلْكِ مُطْلَقًا عن ذِكْرِ سَبَبٍ وَإِمَّا أَنْ يُقِرُّوا بِالْمِلْكِ بِسَبَبٍ ادَّعَوْا انْتِقَالَ الْمِلْكِ بِهِ من أَحَدٍ وَكُلُّ وَجْهٍ على وَجْهَيْنِ

إمَّا أَنْ يَكُونَ الْمَالُ الذي في أَيْدِيهِمْ مَنْقُولًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عَقَارًا فَإِنْ أَقَرُّوا بِالْمِلْكِ مُطْلَقًا عن سَبَبِ الِانْتِقَالِ قَسَمَ بِإِقْرَارِهِمْ وَيَذْكُرُ في الْإِشْهَادِ في كِتَابِ الصَّكِّ أَنِّي قَسَمْتُ بِإِقْرَارِهِمْ ولم أَقْضِ فيه على أَحَدٍ وَلَا يَطْلُبُ منهم الْبَيِّنَةَ على أَصْلِ الْمِلْكِ مَنْقُولًا

كان الْمَالُ أو عَقَارًا إذَا لم يَكُنْ فِيهِمْ كَبِيرٌ غَائِبٌ لِأَنَّهُ وُجِدَ دَلِيلُ الْمِلْكِ وهو الْيَدُ وَالْإِقْرَارُ من غَيْرِ مُنَازِعٍ وَلَا دَعْوَى انْتِقَالِ الْمِلْكِ من أَحَدٍ إلَيْهِ فَإِنْ كان فِيهِمْ كَبِيرٌ غَائِبٌ لم يَقْسِمْ لِمَا ذَكَرْنَا إن حَضْرَةَ الشُّرَكَاءِ أو من يَقُومُ مَقَامَهُمْ شَرْطٌ ولم يُوجَدْ لِأَنَّ الْخُصُومَ في هذا الْمَوْضِعِ لَا يَصْلُحُونَ خَصْمًا عن الْغَائِبِ وَإِنْ أَقَرُّوا بِالْمِلْكِ بِسَبَبِ الْمِيرَاثِ بِأَنْ قالوا هو بَيْنَنَا مِيرَاثٌ عن فُلَانٍ فَإِنْ كان الْمَالُ مَنْقُولًا قُسِمَ بَيْنَهُمْ بِإِقْرَارِهِمْ بِالْإِجْمَاعِ وَلَا تُطْلَبُ منهم الْبَيِّنَةُ وَإِنْ كان فِيهِمْ كَبِيرٌ غَائِبٌ بَعْدَ أَنْ كان الْحَاضِرَانِ اثْنَيْنِ كَبِيرَيْنِ أو أَحَدُهُمَا صَغِيرٌ قد نُصِبَ عنه وَصِيٌّ وَإِنْ كان الْمَالُ عَقَارًا فَلَا يُقْسَمُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ حتى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ على مَوْتِ فُلَانٍ وَعَلَى عَدَدِ الْوَرَثَةِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ بِإِقْرَارِهِمْ وَيُشْهِدُ على ذلك في الصَّكِّ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ مَحِلَّ قِسْمَةِ الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ وقد وُجِدَ لِوُجُودِ دَلِيلِ الْمِلْكِ وهو الْيَدُ وَالْإِقْرَارُ بِالْإِرْثِ من غَيْرِ مُنَازِعٍ فَصَادَفَتْ الْقِسْمَةُ مَحِلَّهَا فَيَقْسِمُ وَيَكْتُبُ أَنَّهُ قَسَمَ بِإِقْرَارِهِمْ كما في الْمَنْقُولِ وَلِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إنَّمَا تُقَامُ على مُنْكِرٍ وَالْكُلُّ مُقِرُّونَ فَعَلَى من تُقَامُ الْبَيِّنَةُ وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ هذه قِسْمَةٌ صَادَفَتْ حَقَّ الْمَيِّتِ بِالْإِبْطَالِ فَلَا تَصِحُّ إلَّا بِبَيِّنَةٍ كَدَعْوَى الِاسْتِحْقَاقِ على الْمَيِّتِ

وَبَيَانُ ذلك أَنَّ الدَّارَ قبل الْقِسْمَةِ مُبْقَاةٌ على حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ بِدَلِيلِ أَنَّ الزَّوَائِدَ الْحَادِثَةَ قبل الْقِسْمَةِ تَحْدُثُ على مِلْكِهِ حتى لو كانت التَّرِكَةُ شَجَرَةً فَأَثْمَرَتْ كان الثَّمَرُ له حتى تُقْضَى منه دُيُونُهُ وَتَنْفُذُ منه وَصَايَاهُ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ تَصَرُّفًا على مِلْكِهِ بِالْإِبْطَالِ فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ بِخِلَافِ الْمَنْقُولِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ ليس قَطْعًا لِحَقِّ الْمَيِّتِ بَلْ هِيَ حِفْظُ حَقِّ الْمَيِّتِ لِأَنَّ الْمَنْقُولَ مُحْتَاجٌ إلَى الْحِفْظِ وَالْقِسْمَةُ نَوْعُ حِفْظٍ له
وَأَمَّا الْعَقَارُ فَمُسْتَغْنٍ عن الْحِفْظِ فَبَقِيَتْ قِسْمَتُهُ قَطْعًا لِحَقِّهِ فَلَا يَمْلِكُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ وَأَمَّا قَوْلُهُمَا لَا مُنْكِرٌ هَهُنَا فَعَلَى من تُقَامُ الْبَيِّنَةُ قُلْنَا تُقَامُ على بَعْضِ الْوَرَثَةِ من الْبَعْضِ وَإِنْ كَانُوا مُقِرِّينَ وَذَلِكَ جَائِزٌ كَالْأَبِ أو الْوَصِيِّ إذَا أَقَرَّا على الصَّغِيرِ لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ وَلَا مُنْكِرَ هَهُنَا
كَذَا هذا
هذا إذَا أَقَرُّوا بِالْمِلْكِ بِسَبَبِ الْإِرْثِ فَإِنْ أَقَرُّوا بِهِ بِسَبَبِ الشِّرَاءِ من فُلَانٍ الْغَائِبِ فَإِنْ كان الْمَالُ مَنْقُولًا قُسِمَ بَيْنَهُمْ بِإِقْرَارِهِمْ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كان عَقَارًا ذَكَرَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ يَقْسِمُ بِإِقْرَارِهِمْ ولاتطلب منهم الْبَيِّنَةُ على الشِّرَاءِ من فُلَانٍ وَفَرَّقَ بين الشِّرَاءِ وَبَيْنَ الْمِيرَاثِ
وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَا يَقْسِمُ إلَّا بِالْبَيِّنَةِ كَالْمِيرَاثِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّهُمْ لَمَّا أَقَرُّوا أَنَّهُمْ مَلَكُوهُ بِالشِّرَاءِ من فُلَانٍ فَقَدْ أَقَرُّوا بِالْمِلْكِ له وَادَّعَوْا الِانْتِقَالَ إلَيْهِمْ من جِهَتِهِ فَإِقْرَارُهُمْ مُسَلَّمٌ وَدَعْوَاهُمْ مَمْنُوعَةٌ وَمُحْتَاجَةٌ إلَى الدَّلِيلِ وهو الْبَيِّنَةُ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وهو الْفَرْقُ بين الشِّرَاءِ وَبَيْنَ الْمِيرَاثِ أَنَّ امْتِنَاعَ الْقِسْمَةِ في الْمَوَارِيثِ بِنَفْسِ الْإِقْرَارِ لِمَا يَتَضَمَّنُ من إبْطَالِ حَقِّ الْمَيِّتِ وَذَلِكَ مُنْعَدِمٌ في بَابِ الْبَيْعِ إذْ لَا حَقَّ بَاقٍ لِلْبَائِعِ في الْمَبِيعِ بَعْدَ الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فَصَادَفَتْ مَحِلَّهَا فَصَحَّتْ
هذا إذَا لم يَكُنْ في الْوَرَثَةِ كَبِيرٌ غَائِبٌ أو صَغِيرٌ حَاضِرٌ فَإِنْ كان فَأَقَرُّوا بِالْمِيرَاثِ فَلَا يُشْكِلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَا يَقْسِمُ بِإِقْرَارِهِمْ لِأَنَّهُ لَا يَقْسِمُ بين الْكِبَارِ الْحُضُورِ فَكَيْفَ يَقْسِمُ هَهُنَا وَأَمَّا عندهما (((عندهم))) فَيَنْظُرُ إنْ كانت الدَّارُ في يَدِ الْكِبَارِ الْحُضُورِ يَقْسِمُ بَيْنَهُمْ لِمَا بَيَّنَّا وَيَضَعُ حِصَّةَ الْغَائِبِ على يَدِ عَدْلٍ يَحْفَظُهُ لِأَنَّ بَعْضَ الْوَرَثَةِ خَصْمٌ من الْبَعْضِ وَيَنْصِبُ عن الصَّغِيرِ وَصِيًّا وَإِنْ كانت الدَّارُ في يَدِ الْغَائِبِ الْكَبِيرِ أو في يَدِ الْحَاضِرِ الصَّغِيرِ أو في أَيْدِيهِمَا منها شَيْءٌ لَا يَقْسِمُ حتى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ على الْمِيرَاثِ وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ بِالْإِجْمَاعِ لا إذَا كان في يَدِهِ من الدَّارِ شَيْءٌ فَالْحَاجَةُ إلَى اسْتِحْقَاقِ ذلك من يَدِهِ فَلَا يَصِحُّ إلَّا بِبَيِّنَةٍ
هذا إذَا لم تَقُمْ الْبَيِّنَةُ على مِيرَاثِ الْعَقَارِ فَأَمَّا إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عليه وَطَلَبُوا الْقِسْمَةَ فإنه يَنْظُرُ إنْ كان الْحَاضِرُ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا وَالْغَائِبُ وَاحِدًا أو أَكْثَرَ وَفِيهِمْ صَغِيرٌ حَاضِرٌ فإنه يَقْسِمُ وَيَعْزِلُ نَصِيبَ كل كَبِيرٍ وَصَغِيرٍ فَيُوَكِّلُ وَكِيلًا بحفظهِ (((يحفظه))) بِخِلَافِ الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ إذَا حَضَرَ شَرِيكَانِ وَشَرِيكٌ غَائِبٌ أَنَّهُ لَا يَقْسِمُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ قِسْمَةَ الْعَقَارِ تَصَرُّفٌ على الْمَيِّتِ وَقَضَاءٌ عليه بِقَطْعِ

حَقِّهِ عن التَّرِكَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ من الْوَرَثَةِ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَيِّتِ فِيمَا له وَعَلَيْهِ وَلِهَذَا يَرُدُّ كُلَّ وَاحِدٍ منهم بِالْعَيْبِ وَيُرَدُّ عليه فإذا كان الْحَاضِرُ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا أَمْكَنَ أَنْ يَجْعَلَ أَحَدَهُمَا خَصْمًا عن الْمَيِّتِ في الْقَضَاءِ عليه وَالْآخَرَ مَقْضِيًّا له فَتَصِحُّ الْقِسْمَةُ
وَإِنْ كان الْحَاضِرُ وَاحِدًا وَالْبَاقُونَ غَيْبًا لم يَقْسِمْ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ هو خَصْمًا عن الْمَيِّتِ حتى تُسْمَعَ الْبَيِّنَةُ عليه لِاسْتِحَالَةِ كَوْنِ الشَّخْصِ الْوَاحِدِ في زَمَانٍ وَاحِدٍ بِجِهَةٍ وَاحِدَةٍ مَقْضِيًّا له وَعَلَيْهِ
وَإِنْ كان مع الْحَاضِرِ وَارِثٌ

(7/23)

صَغِيرٌ نَصَبَ الْقَاضِي عنه وَصِيًّا وَقَسَمَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ هَهُنَا مُمْكِنَةٌ لِوُجُودِ مُتَقَاسِمَيْنِ حَاضِرَيْنِ
وإذا قَسَمَ الْمَنْقُولَ بين الْوَرَثَةِ بِإِقْرَارِهِمْ أو الْعَقَارَ بِالْبَيِّنَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَفِيهِمْ كَبِيرٌ غَائِبٌ فَعَزَلَ نَصِيبَهُ وَوَضَعَهُ على يَدَيْ عَدْلٍ ثُمَّ حَضَرَ الْغَائِبُ فَإِنْ أَقَرَّ كما أَقَرُّوا أُولَئِكَ فَقَدْ مَضَى الْأَمْرُ وَإِنْ أَنْكَرَ تُرَدُّ الْقِسْمَةُ في الْمَنْقُولِ بِالْإِجْمَاعِ
وَكَذَلِكَ في الْعَقَارِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ في الْعَقَارِ لَا تُرَدُّ الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ الْمَبْنِيَّةَ على الْبَيِّنَةِ قد تَقَدَّمَتْ على الْغَائِبِ فَلَا يُعْتَبَرُ إنْكَارُهُ
وَلَوْ كانت الدَّارُ مِيرَاثًا وفيها (((وفيه))) وَصِيَّةٌ بِالثُّلُثِ وَبَعْضُ الْوَرَثَةِ غَائِبٌ فَطَلَبَ الْمُوصَى له بِالثُّلُثِ الْقِسْمَةَ بعدما أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على الْمِيرَاثِ وَالثُّلُثِ قَسَمَ لِأَنَّ الْمُوصَى له بِمَنْزِلَةِ وَاحِدَةٍ من الْوَرَثَةِ فإذا كان معه وَارِثٌ حَاضِرٌ فَكَأَنَّهُ حَضَرَ اثْنَانِ من الْوَرَثَةِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ قَسَمَ وَإِنْ كان الْبَاقُونَ غَيْبًا كَذَا هذا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَقْسُومُ عليه مَالِكًا لِلْمَقْسُومِ وَقْتَ الْقِسْمَةِ وهو أَنْ يَكُونَ له فيه مِلْكٌ
فَإِنْ لم يَكُنْ لم تَجُزْ الْقِسْمَةُ لِمَا سَنَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْسُومِ فَوَاحِدٌ وهو أَنْ يَكُونَ الْمَقْسُومُ مَمْلُوكًا لِلْمَقْسُومِ له وَقْتَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ لم يَكُنْ لَا تَجُوزُ الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إفْرَازُ بَعْضِ الْأَنْصِبَاءِ وَمُبَادَلَةُ الْبَعْضِ وَكُلُّ ذلك لَا يَصِحُّ إلَّا في الْمَمْلُوكِ
وَعَلَى هذا إذَا اُسْتُحِقَّتْ الْعَيْنُ الْمَقْسُومَةُ تُبْطَلُ الْقِسْمَةُ في الظَّاهِرِ وفي الْحَقِيقَةِ تَبَيَّنَ أنها لم تَصِحَّ وَلَوْ اُسْتُحِقَّ شَيْءٌ منها تُبْطَلُ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ ثُمَّ قد تُسْتَأْنَفُ الْقِسْمَةُ وقد لَا تُسْتَأْنَفُ وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ وقد لَا يَثْبُتُ
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ أَنَّهُ إذَا وَرَدَ الِاسْتِحْقَاقُ على الْمَقْسُومِ لَا يَخْلُو الْأَمْرُ فيه من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن وَرَدَ على كُلِّهِ وَإِمَّا إن وَرَدَ على جُزْءٍ فَإِنْ وَرَدَ على كل الْمَقْسُومِ تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ وفي الْحَقِيقَةِ لم تَصِحَّ من الْأَصْلِ لإنعدام شَرْطِ الصِّحَّةِ
وهو الْمِلْكُ الْمُشْتَرَكُ فَتُسْتَأْنَفُ الْقِسْمَةُ
وَإِنْ وَرَدَ على جُزْءٍ من الْمَقْسُومِ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ أَيْضًا إمَّا إن وَرَدَ

على جُزْءٍ شَائِعٍ منه وَإِمَّا إن وَرَدَ على جُزْءٍ مُعَيَّنٍ من أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ فَإِنْ وَرَدَ على جُزْءٍ شَائِعٍ لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ أَيْضًا إمَّا إن وَرَدَ على جُزْءٍ شَائِعٍ من النَّصِيبَيْنِ جميعا وَإِمَّا إن وَرَدَ على جُزْءٍ شَائِعٍ من أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ دُونَ الْآخَرِ فَإِنْ وَرَدَ على جُزْءٍ شَائِعٍ من النَّصِيبَيْنِ جميعا كَالدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ بين رَجُلَيْنِ نِصْفَيْنِ اقْتَسَمَاهَا فَأَخَذَ أَحَدُهُمَا ثُلُثًا من مُقَدَّمِهَا وَأَخَذَ الْآخَرُ ثُلُثَيْنِ من مُؤَخَّرِهَا
وقيمتهما (((وقيمتها))) سَوَاءٌ بِأَنْ كانت قِيمَةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا سِتّمِائَةِ دِرْهَمٍ مَثَلًا فَاسْتَحَقَّ نِصْفَ الدَّارِ فَاسْتَأْنَفَ الْقِسْمَةَ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ بِالِاسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ نِصْفَ الدَّارِ شَائِعًا مِلْكُ الْمُسْتَحَقِّ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لم تَصِحَّ في النِّصْفِ الشَّائِعِ وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَبَطَلَتْ الْقِسْمَةُ أَصْلًا وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ نَصِيبِ صَاحِبِ الْمُقَدَّمِ شَائِعًا تُسْتَأْنَفُ الْقِسْمَةُ أَيْضًا عِنْدَ أبي يُوسُفَ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ شَرِيكُهُمَا في الدَّارِ فَظَهَرَ أَنَّ قِسْمَتَهُمَا لم تَصِحَّ دُونَهُ فَتُسْتَأْنَفُ الْقِسْمَةُ كما إذَا وَرَدَ الِاسْتِحْقَاقُ على نِصْفِ الدَّارِ شَائِعًا وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليهم (((عليهما))) الرَّحْمَة له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَمْسَكَ ما في بيده (((يده))) وَرَجَعَ بِبَاقِي حِصَّتِهِ وهو مِثْلُ ما اسْتَحَقَّ في نَصِيبِ الْآخَرِ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْقِسْمَةَ لِأَنَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لم تَصِحَّ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ لَا فِيمَا وَرَاءَهُ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الصِّحَّةِ انْعِدَامُ الْمِلْكِ وَذَلِكَ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ لَا فيما وَرَاءَهُ وَلَيْسَ من ضَرُورَةِ انْعِدَامِ الصِّحَّةِ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ انْعِدَامُهَا في الْبَاقِي لِأَنَّ مَعْنَى الْقِسْمَةِ وهو الْإِفْرَازُ وَالْمُبَادَلَةُ لم يَنْعَدِمْ بِاسْتِحْقَاقِ هذا الْقَدْرِ في الْبَاقِي فَلَا تُبْطَلُ الْقِسْمَةُ في الْبَاقِي بِخِلَافِ ما إذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الدَّارِ شَائِعًا لِأَنَّ هُنَاكَ وَإِنْ وَرَدَ الِاسْتِحْقَاقُ على النِّصْفِ فَأَوْجَبَ بُطْلَانَ الْقِسْمَةِ فيه مَقْصُودًا لَكِنْ من ضَرُورَتِهِ بُطْلَانُ الْقِسْمَةِ في الْبَاقِي لِانعدام مَعْنَى الْقِسْمَةِ في الْبَاقِي أَصْلًا وَهَهُنَا لم يَنْعَدِمْ فَلَا تُبْطَلُ لَكِنْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ رَجَعَ بِبَاقِي حِصَّتِهِ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَذَلِكَ مِثْلُ نِصْفِ الْمُسْتَحَقِّ لِأَنَّ الْقَدْرَ الْمُسْتَحَقَّ من النَّصِيبَيْنِ جميعا فَيَرْجِعُ عليه بِذَلِكَ وهو رُبْعُ نَصِيبِهِ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْقِسْمَةَ لِاخْتِلَافِ مَعْنَاهَا وَلِدُخُولِ عَيْبِ الشَّرِكَةِ إذْ الشَّرِكَةُ في الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمَعَةِ عَيْبٌ وَالْعَيْبُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ
وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْخِلَافَ في الْمَسْأَلَةِ بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ وَلَوْ كان صَاحِبُ الْمُقَدَّمِ بَاعَ نِصْفَ ما في يَدِهِ وَاسْتَحَقَّ النِّصْفَ الْبَاقِي فإنه يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ بِرُبْعِ ما في يَدِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ ما بَاعَ لِشَرِيكِهِ وَيَضُمُّهُ إلَى ما في يَدِ شَرِيكِهِ وَيَقْتَسِمَانِ نِصْفَيْنِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ ما بَيَّنَّا أَنَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لم تَصِحَّ أَصْلًا

وَأَنَّ الْبَيْعَ كان فَاسِدًا فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ ما بَاعَ شَرِيكُهُ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الْبَاقِي نِصْفَيْنِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا ما ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُقَدَّمَةِ إلَّا أَنَّ ههنا (((هنا))) لَا يَثْبُتُ خِيَارُ الْفَسْخِ لِمَانِعٍ وهو الْبَيْعُ فَيَرْجِعُ على صَاحِبِهِ بِرُبْعِ ما في يَدِهِ
وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفٌ مُعَيَّنٌ من أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ لَا تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمَسَائِلِ الْمُتَقَدِّمَةِ

بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ هَهُنَا وَرَدَ على جُزْءٍ مُعَيَّنٍ فَلَا يَظْهَرُ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ كان شَرِيكًا لَهُمَا فَلَا تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ لَكِنْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ وَالْمُسْتَحَقُّ عليه إنْ شَاءَ نَقَضَ الْقِسْمَةَ لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ أَوْجَبَ انْتِقَاضَ الْمَعْقُودِ عليه وَالِانْتِقَاضُ في الْأَعْيَانِ الْمُجْتَمِعَةِ عَيْبٌ فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ على صَاحِبِهِ بِرُبْعِ ما في يَدِهِ لمابينا أَنَّ الْقَدْرَ الْمُسْتَحَقَّ من النَّصِيبَيْنِ جميعا

وَلَوْ اسْتَحَقَّ كُلَّ ما في يَدِهِ لَرَجَعَ عليه بِالنِّصْفِ فإذا اسْتَحَقَّ النِّصْفَ يَرْجِعُ بِالرُّبْعِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا مِائَةُ شَاةٍ بين رَجُلَيْنِ اقْتَسَمَاهَا فَأَخَذَ أَحَدُهُمَا أَرْبَعِينَ تُسَاوِي خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ وَأَخَذَ الْآخَرُ سِتِّينَ تُسَاوِي خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ فَاسْتُحِقَّتْ شَاةٌ من الْأَرْبَعِينَ تَسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لم تَبْطُلْ الْقِسْمَةُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْقِسْمَةَ صَادَفَتْ الْمَمْلُوكَ فِيمَا وَرَاءَ الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ وَالْمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنٌ فَلَا تَظْهَرُ الشَّرِكَةُ هُنَا أَصْلًا فَلَا تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ وَلَكِنْ يَرْجِعُ على شَرِيكِهِ بِحَقِّهِ وهو خَمْسَةُ دَرَاهِمَ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ من النَّصِيبَيْنِ جميعا عَشَرَةُ دَرَاهِمَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كُرُّ حِنْطَةٍ بين رَجُلَيْنِ نِصْفَانِ عَشَرَةٌ منه طَعَامٌ جَيِّدٌ وَثَلَاثُونَ رَدِيءٌ فَاقْتَسَمَاهُ فَأَخَذَ أَحَدُهُمَا عَشَرَةَ أَقْفِزَةٍ جَيِّدَةً وَثَوْبًا وَأَخَذَ الْآخَرُ ثَلَاثِينَ رَدِيئًا حتى جَازَتْ الْقِسْمَةُ فَاسْتَحَقَّ من الثَّلَاثِينَ عَشَرَةَ أَقْفِزَةٍ يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ بِنِصْفِ الثَّوْبِ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ ما ذَكَرَهُ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عليه بِثُلُثِ الثَّوْبِ وَثُلُثِ الطَّعَامِ الْجَيِّدِ

وَوَجْهُهُ أَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ وَرَدَ على عَشَرَةٍ شَائِعَةٍ في الثَّلَاثِينَ فَكَانَ الْمُسْتَحَقُّ في الْحَقِيقَةِ من كل عَشَرَةٍ ثُلُثَهَا وَذَلِكَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ بِثُلُثِ الطَّعَامِ الْجَيِّدِ وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ طَرِيقَ جَوَازِ هذه الْقِسْمَةِ أَنْ تَكُونَ الْعَشَرَةُ بِمُقَابَلَةِ الْعَشَرَةِ وَالْعِشْرُونَ بِمُقَابَلَةِ الثَّوْبِ

فإذا اسْتَحَقَّ منه عَشَرَةً وإنه بِمُقَابِلَةِ نِصْفِ الثَّوْبِ فَيَرْجِعُ عليه بِنِصْفِ الثَّوْبِ وَقَوْلُهُ لِلْمُسْتَحِقِّ عَشَرَةٌ شَائِعَةٌ في الثَّلَاثِينَ لَا الْعَشَرَةِ الْمُعَيَّنَةِ وَهِيَ التي من حِصَّةِ الثَّوْبِ

فَنَعَمْ هذا هو الْحَقِيقَةُ إلَّا أَنَّا لو عَمِلْنَا بِهَذِهِ الْحَقِيقَةِ لَاحْتَجْنَا إلَى نَقْضِ الْقِسْمَةِ وَإِعَادَتِهَا

وَلَوْ صَرَفْنَا الِاسْتِحْقَاقَ إلَى عَشَرَةٍ هِيَ من حِصَّةِ الثَّوْبِ لم نَحْتَجْ إلَى ذلك وَتَصَرُّفُ الْعَاقِلِ تَجِبُ صِيَانَتُهُ عن النَّقْضِ وَالْإِبْطَالِ ما أَمْكَنَ وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَاهُ وَعَلَى هذا أَرْضٌ بين رَجُلَيْنِ نِصْفَيْنِ قُسِمَتْ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ وقد بَنَى صَاحِبُهُ فيه بِنَاءً أو غَرَسَ غَرْسًا فَنَقَضَ الْبِنَاءَ وَقَلَعَ الْغَرْسَ لم يَرْجِعْ الْمُسْتَحَقُّ عليه على صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ من قِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ

وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ كُلَّ قِسْمَةٍ وَقَعَتْ بِإِجْبَارِ الْقَاضِي أو بِاخْتِيَارِ الشَّرِيكَيْنِ على الْوَجْهِ الذي يَجْبُرُهُمَا الْقَاضِي لو تَرَافَعَا إلَيْهِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ أَحَدُ النَّصِيبَيْنِ وقد بَنَى صَاحِبُهُ فيه بِنَاءً أو غَرَسَ غَرْسًا فَنَقَضَ وَقَلَعَ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ من ذلك على صَاحِبِهِ لِأَنَّ صَاحِبَهُ مَجْبُورٌ على الْقِسْمَةِ من جِهَةِ الْقَاضِي فَيَكُونُ مُضَافًا إلَى الْقَاضِي أَمَّا إذَا وَقَعَتْ الْقِسْمَةُ بِإِجْبَارِ الْقَاضِي فَلَا شَكَّ فيه

وَكَذَا إذَا اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا لِأَنَّ ذلك قِسْمَةُ جَبْرٍ من حَيْثُ الْمَعْنَى لدخولها (((لدخولهما))) تَحْتَ جَبْرِ الْقَاضِي عِنْدَ الْمُرَافَعَةِ إلَيْهِ وإذا كان مَجْبُورًا عليه فلم يُوجَدْ منه ضَمَانُ السلام (((السلامة))) فَلَا يُؤَاخَذُ بِضَمَانِ الِاسْتِحْقَاقِ إذْ هو ضَمَانُ السَّلَامَةِ

وَنَظِيرُ هذا الشَّفِيعُ إذَا أَخَذَ الْعَقَارَ من الْمُشْتَرِي بِالشُّفْعَةِ وَبَنَى فيه أو غَرَسَ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ وَقُلِعَ الْبِنَاءُ لَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ على الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ ما مَلَكَهُ

بِاخْتِيَارِهِ بَلْ أُخِذَ منه جَبْرًا
وَكَذَلِكَ قال مُحَمَّدٌ في الْجَارِيَةِ الْمَأْسُورَةِ إذَا اشْتَرَاهَا رَجُلٌ من أَهْلِ الْحَرْبِ ثُمَّ أَخَذَهَا الْمَالِكُ الْقَدِيمُ فَاسْتَوْلَدَهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ لَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ على الذي أَخَذَهَا من يَدِهِ لِأَنَّهُ لم يَأْخُذْهَا منه بِاخْتِيَارِهِ بَلْ كُرْهًا وَجَبْرًا
وَكَذَلِكَ الْأَبُ إذَا وطىء جَارِيَةَ ابْنِهِ فَأَعْلَقَهَا ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ لَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ على الِابْنِ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَهَا من غَيْرِ اخْتِيَارِ الِابْنِ
وقال أبو يُوسُفَ إذَا غَصَبَ جَارِيَةً فَأَبَقَتْ من يَدِهِ فَأَدَّى ضَمَانَهَا ثُمَّ عَادَتْ الْجَارِيَةُ فَاسْتَوْلَدَهَا الْغَاصِبُ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ له أَنْ يَرْجِعَ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ على الْمَوْلَى لِأَنَّهُ كان مُخْتَارًا في أَخْذِ الْقِيمَةِ من الْغَاصِبِ فَكَانَ ضَامِنًا السَّلَامَةَ فَيَرْجِعُ عليه بِحُكْمِ الضَّمَانِ
وَعَلَى هذا دَارَانِ أو أَرْضَانِ بين رَجُلَيْنِ اقْتَسَمَا فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إحْدَاهُمَا وَبَنَى فيها ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ رَجَعَ بِنِصْفِ قِيمَةِ الْبِنَاءِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يُجْبَرُ على قِسْمَةِ الْجَمْعِ في الدُّورِ العقارات (((والعقارات))) عِنْدَهُ فإذا اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا كانت الْقِسْمَةُ مِنْهُمَا مُبَادَلَةً

فَأَشْبَهَتْ الْبَيْعَ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنًا سَلَامَةَ النِّصْفِ لِصَاحِبِهِ فإذا لم يَسْلَمْ يَرْجِعُ عليه بِحُكْمِ الضَّمَانِ كما في الْبَيْعِ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه
قال بَعْضُهُمْ لَا يَرْجِعُ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يُجْبَرُ على هذه الْقِسْمَةِ عِنْدَهُمَا فَأَشْبَهَ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ من دَارٍ وَاحِدَةٍ
وقال بَعْضُهُمْ يَرْجِعُ وَعَلَيْهِ اعْتَمَدَ الْقُدُورِيُّ عليه الرَّحْمَةُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْقَاضِيَ إنَّمَا يُجْبَرُ على قِسْمَةِ الْجَمْعِ هَهُنَا عِنْدَهُمَا إذَا رَأَى الْجَمْعَ أَعْدَلَ وَلَا يُعْرَفُ ذلك من رَأْيِ الْقَاضِي إذَا فَعَلَا بِأَنْفُسِهِمَا
وَلَوْ كَانَتَا جَارِيَتَيْنِ فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَارِيَةً فَاسْتَوْلَدَهَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ رَجَعَ على شَرِيكِهِ بِالنِّصْفِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يُجْبَرُ على قِسْمَةِ الرَّقِيقِ عِنْدَهُ فإذا اقْتَسَمَا بِتَرَاضِيهِمَا أَشْبَهَ الْبَيْعَ على ما ذَكَرْنَا
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَرْجِعَ
كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ عليه الرَّحْمَةُ وَفَرَّقَ بين الرَّقِيقِ وَبَيْنَ الدُّورِ
وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ لِأَنَّ الْقَاضِيَ هُنَاكَ لَا يُجْبَرُ على الْجَمْعِ عَيْنًا وَلَكِنَّهُ يُرَاعِي الْأَعْدَلَ في ذلك من التَّفْرِيقِ وَالْجَمْعِ وَهَهُنَا يُجْبَرُ على الْجَمْعِ لِتَعَذُّرِ التَّفْرِيقِ فلم يُوجَدْ ضَمَانُ السلام (((السلامة))) من صَاحِبِهِ فَلَا يَرْجِعُ عليه
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ إذَا اقْتَسَمَ قَوْمٌ دَارًا وَفِيهَا كَنِيفٌ شَارِعٌ على الطَّرِيقِ أو ظُلَّة فَإِنْ كان على طَرِيقِ الْعَامَّةِ لَا يُحْسَبُ ذَرْعُ الْكَنِيفِ وَالظِّلِّ من ذَرْعِ الدَّارِ لِأَنَّ رَقَبَةَ الْأَرْضِ لَيْسَتْ بِمَمْلُوكَةٍ لِأَحَدٍ بَلْ هِيَ حَقُّ الْعَامَّةِ وَإِنْ كان على طَرِيقٍ غَيْرِ نَافِذٍ يُحْسَبُ ذلك من ذَرْعِ الدَّارِ لِأَنَّ له في السِّكَّةِ مَسْلَكًا فَأَشْبَهَ عُلُوَّ الْبَيْتِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَاتُ الْقِسْمَةِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ تَكُونَ عَادِلَةً غير جَائِرَةٍ
وَهِيَ أَنْ تَقَعَ تَعْدِيلًا لِلْأَنْصِبَاءِ من غَيْرِ زِيَادَةٍ على الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ من النَّصِيبِ

وَلَا نُقْصَانَ عنه لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إفْرَازُ بَعْضِ الْأَنْصِبَاءِ وَمُبَادَلَةُ الْبَعْضِ وَمَبْنَى الْمُبَادَلَاتِ على الْمُرَاضَاةِ فإذا وَقَعَتْ جَائِزَةً لم يُوجَدْ التَّرَاضِي وَلَا إفْرَازُ نَصِيبِهِ بِكَمَالِهِ لِبَقَاءِ الشَّرِكَةِ في الْبَعْضِ فلم تَجُزْ وَتُعَادُ

وَعَلَى هذا إذَا ظَهَرَ الْغَلَطُ في الْقِسْمَةِ الْمُبَادَلَةِ بِالْبَيِّنَةِ أو بِالْإِقْرَارِ تُسْتَأْنَفُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ لم يَسْتَوْفِ حَقَّهُ فَظَهَرَ أَنَّ مَعْنَى الْقِسْمَةِ لم يَتَحَقَّقْ بِكَمَالِهِ وَلَوْ ادَّعَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْغَلَطَ في الْقِسْمَةِ فَهَذَا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن كان الْمُدَّعِي أَقَرَّ بِاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ وَإِمَّا إن كان لم يُقِرَّ بِذَلِكَ فَإِنْ كان قد أَقَرَّ بِاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ لَا يُسْمَعُ منه دَعْوَى الْغَلَطِ لِكَوْنِهِ مُنَاقِضًا في دَعْوَاهُ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ إقْرَارٌ بِوُصُولِ حَقِّهِ إلَيْهِ بِكَمَالِهِ وَدَعْوَى الْغَلَطِ إخْبَارٌ أَنَّهُ لم يَصِلْ إلَيْهِ حَقُّهُ بِكَمَالِهِ فَيَتَنَاقَضُ وَإِنْ كان لم يُقِرَّ بِاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ لَا تُعَادُ الْقِسْمَةُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِأَنَّ الْقِسْمَةَ قد صَحَّتْ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَلَا يَجُوزُ نَقْضُهَا إلَّا بِحُجَّةٍ

فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أُعِيدَتْ الْقِسْمَةُ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ لم تُقَمْ له بَيِّنَةٌ وَأَنْكَرَ شَرِيكُهُ فَأَرَادَ اسْتِحْلَافَهُ حَلَّفَهُ على ما ادَّعَى من الْغَلَطِ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عليه حَقًّا هو جَائِزُ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ وهو يُنْكِرُ فَيَحْلِفُ

وَبَيَانُ ذلك دَارٌ بين رَجُلَيْنِ اقْتَسَمَا وَاسْتَوْفَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمَا غَلَطًا في الْقِسْمَةِ لَا تُعَادُ الْقِسْمَةُ وَلَكِنْ يُسْأَلُ الْبَيِّنَةَ على الْغَلَطِ فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَإِلَّا فَيَحْلِفُ شَرِيكُهُ إنْ شَاءَ لِمَا قُلْنَا فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَنَكَلَ الْآخَرُ فَإِنْ كان الشُّرَكَاءُ ثَلَاثَةً يَجْمَعُ بين نَصِيبِ الْمُدَّعِي وَبَيْنَ نَصِيبِ النَّاكِلِ فَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا على قَدْرِ نَصِيبِهِمَا لِأَنَّ نُكُولَهُ دَلِيلُ كَوْنِ الْمُدَّعِي صَادِقًا في دَعْوَاهُ في حَقِّهِ فَكَانَ حُجَّةً في حَقِّهِ لَا في حَقِّ الشَّرِيكِ الْحَالِفِ فلم تَصِحَّ الْقِسْمَةُ في حَقِّهِمَا فَتُعَادُ في قَدْرِ نَصِيبِهِمَا

وَكَذَلِكَ لو ادَّعَى الْغَلَطَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ وَالْقَبْضِ في الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْمَذْرُوعَاتِ وَلَوْ كان بين رَجُلَيْنِ دَارَانِ اقتسماها (((اقتسماهما))) فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْغَلَطَ في الْقِسْمَةِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ على ذلك فَالْقِسْمَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَهُمَا لَا تَبْطُلُ وَلَكِنْ يقضي لِلْمُدَّعِي بِذَلِكَ الذَّرْعِ من الدَّارِ الْأُخْرَى وَبَنَوْا هذه الْمَسْأَلَةَ على بَيْعِ ذِرَاعٍ من دَارٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا جَائِزٌ

وَوَجْهُ الْبِنَاءِ أَنَّ قِسْمَةَ الْجَمْعِ في الدُّورِ بِالتَّرَاضِي جَائِزَةٌ بِلَا خِلَافٍ وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ وَإِنْ كان لَازِمًا في نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ لَكِنْ هذا النَّوْعُ بِالْمُبَادَلَاتِ أَشْبَهُ وإذا تَحَقَّقَتْ الْمُبَادَلَةُ صَحَّ الْبِنَاءُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ اقْتَسَمَا دَارًا بَيْنَهُمَا فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَائِفَةً ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمَا بَيْتًا في يَدِ صَاحِبِهِ أَنَّهُ وَقَعَ في قِسْمَتِهِ وَأَقَامَ بَيِّنَةً سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ أُخِذَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعِي لِأَنَّهُ خَارِجٌ وَإِنْ كان قبل الْإِشْهَادِ وَالْقَبْضِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَكَذَا لو اخْتَلَفَا في الْحُدُودِ فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَدًّا في يَدِ صَاحِبِهِ أَنَّهُ أَصَابَهُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ قضى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْحَدِّ الذي في يَدِ صَاحِبِهِ لِأَنَّ كُلَّ

وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَمَّا في يَدِ صَاحِبِهِ خَارِجٌ

وَإِنْ قَامَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ يقضي بِبَيِّنَتِهِ وَإِنْ لم تُقَمْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا

وَهَلْ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِنَفْسِ التحالف (((التالف))) أَمْ يَحْتَاجُ فيه إلَى فَسْخِ الْقَاضِي اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه على ما عُرِفَ في الْبُيُوعِ
ولن اقْتَسَمَ رَجُلَانِ أَقْرِحَةً فَأَخَذَ أَحَدُهُمَا قَرَاحَيْنِ وَالْآخَرُ أَرْبَعَةً ثُمَّ ادَّعَى صَاحِبُ الْقَرَاحَيْنِ أَنَّ أَحَدَ الْأَقْرِحَةِ الْأَرْبَعَةِ أَصَابَهُ في قِسْمَتِهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُضِيَ له بِهِ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ هذا في أَثْوَابٍ اقْتَسَمَاهَا فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ بعضها (((بعضهما))) ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّ أَحَدَ الْأَثْوَابِ الذي في يَدِ صَاحِبِهِ أَصَابَهُ في قِسْمَتِهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُضِيَ له بِهِ
وَلَوْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على صَاحِبِهِ ثَوْبًا مِمَّا في يَدِهِ أَنَّهُ أَصَابَهُ في قِسْمَتِهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ قضى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا في يَدِ الْآخَرِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَمَّا في يَدِ صَاحِبِهِ خَارِجٌ
وَلَوْ اقْتَسَمَا مِائَةَ شَاةٍ فَأَصَابَ أَحَدُهُمَا خَمْسَةً وَخَمْسِينَ وَأَصَابَ الْآخَرُ خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ ادَّعَى صَاحِبُ الْأَوْكَسِ الْغَلَطَ في الْقِسْمَةِ أو الْخَطَأَ في التَّقْوِيمِ لم تُقْبَلْ منه إلَّا بِبَيِّنَةٍ
وَلَوْ قال أَخْطَأْنَا في الْعَدَدِ وَأَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا خَمْسِينَ وَهَذِهِ الْخَمْسَةُ في قِسْمَتِهِ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ تَحَالَفَا وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ رُدَّتْ الْقِسْمَةُ
وَلَوْ قال أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَخَذْتَ أنت إحْدَى وَخَمْسِينَ غَلَطًا وَأَخَذْتُ أنا تِسْعَةً وَأَرْبَعِينَ وقال الْآخَرُ ما أَخَذْتُ إلَّا خَمْسِينَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مع يَمِينِهِ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِاسْتِيفَاءِ الزِّيَادَةِ على حَقِّهِ وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ تَخْرُجُ قِسْمَةُ عَرْصَةِ الدَّارِ بِالذِّرَاعِ أَنَّهُ يُحْسَبُ في الْقِسْمَةِ كُلُّ ذِرَاعَيْنِ من الْعُلْوِ بِذِرَاعٍ من السُّفْلِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُحْسَبُ ذِرَاعٌ من السُّفْلِ بِذِرَاعٍ من الْعُلْوِ
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُحْسَبُ على الْقِيمَةِ دُونَ الذَّرْعِ
زَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ منهم أَنَّ التَّعْدِيلَ فِيمَا يَقُولُهُ وَالْخِلَافُ في هذه الْمَسْأَلَةِ بين أبي حَنِيفَةَ وَبَيْنَ أبي يُوسُفَ مَبْنِيٌّ على الْخِلَافِ في مَسْأَلَةٍ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّ صَاحِبَ الْعُلْوِ ليس له أَنْ يَبْنِيَ على الْعُلْوِ من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِ السُّفْلِ وَإِنْ لم يَضُرَّ بِصَاحِبِ السُّفْلِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ له أَنْ يَبْنِيَ إنْ لم يَضُرَّ الْبِنَاءُ بِهِ وَوَجْهُ الْبِنَاءِ أَنَّ صَاحِبَ الْعُلْوِ إذَا لم يَمْلِكْ الْبِنَاءَ على عُلُوِّهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كان لِلْعُلُوِّ مَنْفَعَةٌ وَاحِدَةٌ وَهِيَ مَنْفَعَةُ السُّكْنَى فَحَسْبُ وَلِلسُّفْلِ مَنْفَعَتَانِ مَنْفَعَةُ السُّكْنَى وَمَنْفَعَةُ الْبِنَاءِ عليه
وَكَذَا السُّفْلُ كما يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى يَصْلُحُ لِجَعْلِ الدَّوَابِّ فيه فَأَمَّا الْعُلْوُ فَلَا يَصْلُحُ إلَّا لِلسُّكْنَى خَاصَّةً فَكَانَ لِلسُّفْلِ مَنْفَعَتَانِ وَلِلْعُلْوِ مَنْفَعَةٌ وَاحِدَةٌ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ عِنْدَهُ على الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَمَّا مَلَكَ صَاحِبُ الْعُلْوِ أَنْ يَبْنِيَ على عُلُوِّهِ كانت له مَنْفَعَتَانِ أَيْضًا فَاسْتَوَى الْعُلْوُ وَالسُّفْلُ في الْمَنْفَعَةِ فَوَجَبَ التَّعْدِيلُ بِالسَّوِيَّةِ بَيْنَهُمَا في الذَّرْعِ
وَأَمَّا مُحَمَّدٌ فَإِنَّمَا اعْتَبَرَ الْقِيمَةَ لِأَنَّ أَحْوَالَ الْبِلَادِ وَأَهْلَهَا في ذلك مُخْتَلِفَةٌ فَمِنْهُمْ من يَخْتَارُ السُّفْلَ على الْعُلْوِ وَمِنْهُمْ من يَخْتَارُ الْعُلْوَ على السُّفْلِ فَكَانَ التَّعْدِيلُ في اعْتِبَارِ الْقِيمَةِ وَالْعَمَلُ في الْمَسْأَلَةِ على قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو اخْتِيَارُ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَيُحْتَمَلُ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ إنَّمَا فَضَّلَ السُّفْلَ على الْعُلْوِ بِنَاءً على عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ من اخْتِيَارِهِمْ السُّفْلَ على الْعُلْوِ وأبو يُوسُفَ إنَّمَا سَوَّى بَيْنَهُمَا على عَادَةِ أَهْلِ بَغْدَادَ لِاسْتِوَاءِ الْعُلْوِ وَالسُّفْلِ عِنْدَهُمْ فَأَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَتْوَى على عَادَةِ أَهْلِ زَمَانِهِ

وَمُحَمَّدٌ بَنَى الْفَتْوَى على الْمَعْلُومِ من اخْتِلَافِ الْعَادَاتِ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ فَكَانَ الْخِلَافُ بَيْنَهُمْ من حَيْثُ الصُّورَةُ لَا من حَيْثُ الْمَعْنَى وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَبَيَانُ ذلك في سُفْلٍ بين رَجُلَيْنِ وَعُلُوٍّ من بَيْتٍ آخَرَ بَيْنَهُمَا أراد (((أرادا))) قِسْمَتَهُمَا يُقْسَمُ الْبِنَاءُ على الْقِيمَةِ بِلَا خِلَافٍ
وَأَمَّا الْعَرْصَةُ فَتُقْسَمُ بِالذَّرْعِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ بِالْقِيمَةِ ثُمَّ اخْتَلَفَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يُوسُفَ فِيمَا بَيْنَهُمَا في كَيْفِيَّةِ الْقِسْمَةِ بِالذَّرْعِ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ ذِرَاعٌ بِذِرَاعَيْنِ على الثُّلُثِ وَالثُّلُثَيْنِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ ذِرَاعٌ بِذِرَاعٍ
وَلَوْ كان بَيْنَهُمَا بَيْتٌ تَامٌّ عُلُوٌّ وَسُفْلٌ وَعُلُوٌّ من بَيْتٍ آخَرَ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ يُحْسَبُ في الْقِسْمَةِ كُلُّ ذِرَاعٍ من الْعُلُوِ وَالسُّفْلِ بِثَلَاثَةِ أَذْرُعٍ من الْعُلُوِ أَرْبَاعًا عِنْدَهُ لِمَا ذَكَرْنَا من الْأَصْلِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ أَرْبَاعًا
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ ذِرَاعٌ من السُّفْلِ وَالْعُلُوِ بِذِرَاعَيْنِ من الْعُلُوِ لِاسْتِوَاءِ السُّفْلِ وَالْعُلُوِ عِنْدَهُ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ أَثْلَاثًا
وَلَوْ كان بَيْنَهُمَا بَيْتٌ تَامٌّ سُفْلٌ وَعُلُوٌّ وَسُفْلٌ آخَرُ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ يُحْسَبُ في الْقِسْمَةِ كُلُّ ذِرَاعٍ من السُّفْلِ وَالْعُلُوِ بِذِرَاعٍ وَنِصْفٍ من السُّفْلِ وَذِرَاعٍ من سُفْلِ الْبَيْتِ بِذِرَاعٍ من السُّفْلِ الْآخَرِ وَذِرَاعٍ من عُلُوِّهِ بِنِصْفِ ذِرَاعٍ من السُّفْلِ الْآخَرِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ ذِرَاعٌ من التَّامِّ بِذِرَاعَيْنِ من السُّفْلِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ ما إذَا اقْتَسَمَا دَارًا وَفَضَّلَا بَعْضَهَا على بَعْضٍ بِالدَّرَاهِمِ أو الدَّنَانِيرِ

لِفَضْلِ قِيمَةِ الْبِنَاءِ وَالْمَوْضِعِ أَنَّ الْقِسْمَةَ جَائِزَةٌ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ عَادِلَةً من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ الدَّارَ قد يُفَضَّلُ بَعْضُهَا على بَعْضٍ بِالْبِنَاءِ وَالْمَوْضِعِ فَكَانَ ذلك تفضيلا (((تفصيلا))) من حَيْثُ الصُّورَةُ تَعْدِيلًا من حَيْثُ الْمَعْنَى وَلَوْ لم يُسَمِّيَا قِيمَةَ فَضْلِ الْبِنَاءِ وَقْتَ الْقِسْمَةِ جَازَتْ الْقِسْمَةُ اسْتِحْسَانًا وَتَجِبُ قِيمَةُ فَضْلِ الْبِنَاءِ وَإِنْ لم يُسَمِّيَاهَا في الْقِسْمَةِ
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَجُوزَ الْقِسْمَةُ لِأَنَّ هذه قِسْمَةُ بَعْضِ الدَّارِ دُونَ بَعْضٍ لِأَنَّ الْعَرْصَةَ مع الْبِنَاءِ بِمَنْزِلَةِ شَيْءٍ وَاحِدٍ وَقِسْمَةُ الْبِنَاءِ بِالْقِيمَةِ فإذا وُجِدَتْ الْقِسْمَةُ مَجْهُولَةً فَوَقَعَتْ الْقِسْمَةُ لِلْعَرْصَةِ دُونَ الْبِنَاءِ بَقِيَتْ وَإِنَّهَا غَيْرُ جَائِزَةٍ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ قِسْمَةَ الْعَرْصَةِ قد صَحَّتْ بِوُقُوعِهَا في مَحِلِّهَا وهو الْمِلْكُ وَلَا صِحَّةَ لها إلَّا بِقِسْمَةِ الْبِنَاءِ وَذَلِكَ بِالْقِيمَةِ فَتَجِبُ على صَاحِبِ الْفَضْلِ قِيمَةُ فَضْلِ الْبِنَاءِ وَإِنْ لم يُسَمِّ ضَرُورَةَ صِحَّةِ الْقِسْمَةِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ تَخْرُجُ أَيْضًا قِسْمَةُ الْجَمْعِ في الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ إنها غَيْرُ جَائِزَةٍ جَبْرًا بِالْإِجْمَاعِ لِتَعَذُّرِ تَعْدِيلِ الْأَنْصِبَاءِ إلَّا بِالْقِيمَةِ وَإِنَّهَا لَيْسَتْ مَحِلَّ الْقِسْمَةِ على ما مَرَّ وَلَا يَجُوزُ في الرَّقِيقِ وَالدُّورِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهَا في حُكْمِ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ وَلَا تَقَعُ الْقِسْمَةُ فيها عَادِلَةً أو جائزة (((جائرة))) وَلَا تُقْسَمُ الْأَوْلَادُ في بُطُونِ الْغَنَمِ لِتَعَذُّرِ التَّعْدِيلِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ رَدُّ الْمَقْسُومِ بِالْعَيْبِ في نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ إذَا ظَهَرَ بِهِ عَيْبٌ فَقَدْ ظَهَرَ أنها وَقَعَتْ جَائِرَةً لَا عَادِلَةً فَكَانَ له حَقُّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ كما في الْبَيْعِ وَلَوْ امْتَنَعَ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ لِوُجُودِ الْمَانِعِ منه يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كما في الْبَيْعِ إلَّا أَنَّ في الْبَيْعِ يَرْجِعُ بِتَمَامِ النُّقْصَانِ وفي الْقِسْمَةِ يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ لِأَنَّ النُّقْصَانَ في الْقِسْمَةِ يَرْجِعُ بِالنَّصِيبَيْنِ جميعا فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ النُّقْصَانِ من نَصِيبِ شَرِيكِهِ
وَأَمَّا الرَّدُّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ فَيَثْبُتُ في قِسْمَةِ الرِّضَا لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فيها مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ وَهَذَا النَّوْعُ أَشْبَهُ بِالْمُبَادَلَاتِ لِوُجُودِ الْمُرَاضَاةِ من الْجَانِبَيْنِ فَيَثْبُتُ فيه خِيَارُ الرُّؤْيَةِ كما في الْبَيْعِ وَلَا يَثْبُتُ في قِسْمَةِ الْقَضَاءِ لَا لِخُلُوِّهَا عن الْمُبَادَلَةِ بَلْ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ
لِأَنَّهُ لو رَدَّهَا بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ لَأَجْبَرَهُ الْقَاضِي ثَانِيًا فَلَا يُفِيدُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ في الْقِسْمَةِ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ يَتْبَعُ الْمُبَادَلَةَ الْمَحْضَةَ لِثُبُوتِهَا على مُخَالِفَةِ الْقِيَاسِ
وَالْقِسْمَةُ مُبَادَلَةٌ من وَجْهٍ فَلَا تَحْتَمِلُ الشُّفْعَةَ
وَلِأَنَّهَا لو وَجَبَتْ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ تَجِبَ لِلشَّرِيكِ أو لِلْجَارِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ لِغَيْرِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّ الشَّرِيكَ أَوْلَى من الْجَارِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا الْوُجُوبُ عِنْدَ الطَّلَبِ حتى يُجْبَرَ على الْقِسْمَةِ فِيمَا يَنْتَفِعُ كُلُّ وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ بِقِسْمَتِهِ وَكَذَا فِيمَا يَنْتَفِعُ بها أَحَدُهُمَا وَيَسْتَضِرُّ الْآخَرُ عِنْدَ طَلَبِ الْمُنْتَفِعِ بِالْإِجْمَاعِ وَعِنْدَ طَلَبِ الْمُسْتَضِرِّ اخْتِلَافُ رِوَايَتَيْ الْحَاكِمِ وَالْقُدُورِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وقد ذَكَرْنَاهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا اللُّزُومُ بَعْدَ تَمَامِهَا في النَّوْعَيْنِ جميعا حتى لَا يَحْتَمِلَ الرُّجُوعُ عنها إذَا تَمَّتْ
وَأَمَّا قبل التَّمَامِ فَكَذَلِكَ في أَحَدِ نَوْعَيْ الْقِسْمَةِ وهو قِسْمَةُ الْقَضَاءِ دُونَ النَّوْعِ الْآخَرِ وهو قِسْمَةُ الشُّرَكَاءِ
بَيَانُ ذلك أَنَّ الدَّارَ إذَا كانت مُشْتَرَكَةً بين قَوْمٍ فَقَسَمَهَا الْقَاضِي أو الشُّرَكَاءُ بِالتَّرَاضِي فَخَرَجَتْ السِّهَامُ كُلُّهَا بِالْقُرْعَةِ لَا يَجُوزُ لهم الرُّجُوعُ
وَكَذَا إذَا خَرَجَ الْكُلُّ إلَّا سَهْمٌ وَاحِدٌ لِأَنَّ ذلك خُرُوجُ السِّهَامِ كُلِّهَا لِكَوْنِ ذلك السَّهْمُ مُتَعَيِّنًا بِمَنْ بَقِيَ من الشُّرَكَاءِ وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُ السِّهَامِ دُونَ الْبَعْضِ فَكَذَلِكَ في قِسْمَةِ الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ لو رَجَعَ أَحَدُهُمْ لَأَجْبَرَهُ الْقَاضِي على الْقِسْمَةِ ثَانِيًا فَلَا يُفِيدُ رُجُوعُهُ
وَأَمَّا في قِسْمَةِ التَّرَاضِي فَيَجُوزُ الرُّجُوعُ لِأَنَّ قِسْمَةَ التَّرَاضِي لَا تَتِمُّ إلَّا بَعْدَ خُرُوجِ السِّهَامِ كُلِّهَا وَكُلُّ عَاقِدٍ بِسَبِيلٍ من الرُّجُوعِ عن الْعَقْدِ قبل تَمَامِهِ كما في الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْقِسْمَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ حُكْمُ الْقِسْمَةِ ثُبُوتُ اخْتِصَاصٍ بِالْمَقْسُومِ عَيْنًا تَصَرُّفًا فيه فَيَمْلِكُ الْمَقْسُومُ له في الْمَقْسُومِ جَمِيعَ التَّصَرُّفَاتِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْمِلْكِ حتى لو وَقَعَ في نَصِيبِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ سَاحَةٌ لَا بِنَاءَ فيها وَوَقَعَ الْبِنَاءُ في نَصِيبِ الْآخَرِ فَلِصَاحِبِ السَّاحَةِ أَنْ يَبْنِيَ في سَاحَتِهِ وَلَهُ أَنْ يَرْفَعَ بِنَاءَهُ وَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْبِنَاءِ أَنْ يَمْنَعَهُ وَإِنْ كان يُفْسِدُ عليه الرِّيحَ وَالشَّمْسَ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ في مِلْكِ نَفْسِهِ فَلَا يَمْنَعُ عنه
وَكَذَا له أَنْ يَبْنِيَ في سَاحَتِهِ مَخْرَجًا أو تَنُّورًا أو حَمَّامًا أو رَحًى لِمَا قُلْنَا

وَكَذَا له أَنْ يُقْعِدَ في بِنَائِهِ حَدَّادًا أو قَصَّارًا وَإِنْ كان يَتَأَذَّى بِهِ جَارُهُ لِمَا قُلْنَا
وَلَهُ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا أو كُوَّةً لِمَا ذَكَرْنَا
أَلَا تَرَى أَنَّ له أَنْ يَرْفَعَ الْجِدَارَ أَصْلًا فَفَتْحُ الْبَابِ وَالْكُوَّةِ أَوْلَى وَلَهُ أَنْ يَحْفِرَ في مِلْكِهِ بِئْرًا أو بَالُوعَةً أو كِرْبَاسًا وَإِنْ كان بهى (((يهي))) بِذَلِكَ حَائِطَ جَارِهِ
وَلَوْ طَلَبَ جَارُهُ تَحْوِيلَ ذلك لم يُجْبَرْ على التَّحْوِيلِ وَلَوْ سَقَطَ الْحَائِطُ من ذلك

(7/28)

لَا يُضْمَنُ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ منه في مِلْكِ الْغَيْرِ وَالْأَصْلُ أَنْ لَا يُمْنَعَ الْإِنْسَانُ من التَّصَرُّفِ في مِلْكِ نَفْسِهِ إلَّا أَنَّ الْكَفَّ عَمَّا يُؤْذِي الْجَارَ أَحْسَنُ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شيئا وَبِالْوَالِدَيْنِ إحْسَانًا } إلَى قَوْله تَعَالَى { وَالْجَارِ الْجُنُبِ } خَصَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِالْأَمْرِ بِالْإِحْسَانِ إلَيْهِ فَلَئِنْ لَا يُحْسِنُ إلَيْهِ فَلَا أَقَلَّ من أَنْ يَكُفَّ عنه أَذَاهُ
وَعَلَى هذا دَارٌ بين رَجُلَيْنِ وَلِرَجُلٍ فيها طَرِيقٌ فَأَرَادَا أَنْ يَقْتَسِمَاهَا ليس لِصَاحِبِ الطَّرِيقِ مَنْعُهُمَا عن الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُمَا بِالْقِسْمَةِ مُتَصَرِّفَانِ في مِلْكِ أَنْفُسِهِمَا فَلَا يُمْنَعَانِ عنه فَيَقْتَسِمَانِ ما وَرَاءَ الطَّرِيقِ وَيَتْرُكَانِ الطَّرِيقَ على حَالِهِ على سَعَةِ عَرْضِ بَابِ الدَّارِ لِمَا ذَكَرْنَا من قَبْلُ
وَلَوْ بَاعُوا الدَّارَ وَالطَّرِيقَ فَإِنْ كانت رَقَبَةُ الطَّرِيقِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمْ قَسَمُوا مَمَرَّ الطَّرِيقِ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا وَإِنْ كانت الرَّقَبَةُ لِشَرِيكَيْ الدَّارِ وَلِصَاحِبِ الطَّرِيقِ حَقُّ الْمُرُورِ حَكَى الْقُدُورِيُّ عن الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنْ لَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الطَّرِيقِ من الثَّمَنِ وَيَكُونُ الثَّمَنُ كُلُّهُ لِلشَّرِيكَيْنِ
وَرَوَى مُحَمَّدٌ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ يَضْرِبُ بِحَقِّهِ من الْمَنْفَعَةِ وَيَضْرِبُ صَاحِبُ الطَّرِيقِ بِحَقِّ الْمُرُورِ وَطَرِيقُ مَعْرِفَةِ ذلك أَنْ يَنْظُرَ إلَى قِيمَةِ الْعَرْصَةِ بِغَيْرِ طَرِيقٍ وَيَنْظُرَ إلَى قِيمَتِهَا وَفِيهَا طَرِيقٌ فَيَكُونَ لِصَاحِبِ الطَّرِيقِ فَضْلُ ما بَيْنَهُمَا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ نِصْفُ قِيمَةِ الْمَنْفَعَةِ إذَا كان فيها طَرِيقٌ
وَجْهُ ما حُكِيَ عن الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ لَا يَحْتَمِلُ الْبَيْعَ مَقْصُودًا بَلْ يَحْتَمِلُهُ تَبَعًا لِلرَّقَبَةِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو بَاعَهُ وَحْدَهُ لم يَجُزْ فإذا بِيعَ الطَّرِيقُ بِإِذْنِهِ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ أَصْلًا فَلَا يُقَابِلُهُ ثَمَنٌ وج (((وجه))) ما رُوِيَ عن محم (((محمد))) أَنَّ حَقَّ الْمُرُورِ لَا يَحْتَمِلُ الْبَيْعَ مَقْصُودًا بَلْ يَحْتَمِلُهُ تَبَعًا لِلرَّقَبَةِ وَهَهُنَا ما بِيعَ مَقْصُودًا بَلْ تَبَعًا لِلرَّقَبَةِ فَيُقَابِلُهُ الثَّمَنُ لَكِنْ ثَمَنُ الْحَقِّ لَا ثَمَنُ الْمِلْكِ على ما ذَكَرْنَا
وَكَذَلِكَ دَارٌ بين رَجُلَيْنِ فيها مَسِيلُ الْمَاءِ فَأَرَادَا أَنْ يَقْتَسِمَاهَا ليس لِصَاحِبِ الْمَسِيلِ مَنْعُهُمَا من الْقِسْمَةِ لِمَا قُلْنَا بَلْ يَقْسِمُ الدَّارَ وَيَتْرُكُ الْمَسِيلَ على حَالِهِ كما في الطَّرِيقِ
وَكَذَلِكَ لو كان في الدَّارِ مَنْزِلٌ لِرَجُلٍ وَطَرِيقُهُ في الدَّارِ فَأَرَادَا أَنْ يَقْتَسِمَا الدَّارَ لَا يُمْنَعَانِ من الْقِسْمَةِ وَلَكِنْ يَتْرُكَانِ طَرِيقَ الْمَنْزِلِ على حَالِهِ على سَعَةِ عَرْضِ بَابِ الدَّارِ لَا على سَعَةِ بَابِ الْمَنْزِلِ على ما ذَكَرْنَا
وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ الْمَنْزِلِ أَنْ يَفْتَحَ إلَى هذا الطَّرِيقِ بَابًا آخَرَ له ذلك لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِ نَفْسِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّ له أَنْ يَرْفَعَ الْحَائِطَ كُلَّهُ فَهَذَا أَوْلَى
وَلَوْ اشْتَرَى صَاحِبُ الْمَنْزِلِ دَارًا من وَرَاءِ الْمَنْزِلِ وَفَتَحَ بَابَهُ إلَى الْمَنْزِلِ فَإِنْ

كان سَاكِنُ الدَّارِ وَالْمَنْزِلِ وَاحِدًا فَلَهُ أَنْ يَمُرَّ مِن الدَّارِ إلَى الْمَنْزِلِ وَمِنْ الْمَنْزِلِ إلَى الطَّرِيقِ الذي في الدَّارِ الْأُولَى لِأَنَّ له حَقَّ الْمُرُورِ في هذا الطَّرِيقِ
وَإِنْ كان سَاكِنُ الدَّارِ غيرِ سَاكِنِ الْمَنْزِلِ فَلَيْسَ لِسَاكِنِ الدَّارِ أَنْ يَمُرَّ في الطَّرِيقِ الذي في الدَّارِ الْأُولَى لِأَنَّهُ لَا حَقَّ له في هذا الطَّرِيقِ فَيُمْنَعُ من الْمُرُورِ فيه
دَارٌ بين رَجُلَيْنِ في سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ اقْتَسَمَاهَا وَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَائِفَةً منها فَأَرَادَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْتَحَ بَابًا أو كُوَّةً إلَى السِّكَّةِ له ذلك وَلَا يَسَعُ لِأَهْلِ السِّكَّةِ مَنْعُهُمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِ نَفْسِهِ فَيَمْلِكُهُ أَلَا تَرَى أَنَّ له رَفْعَ الْحَائِطِ أَصْلًا فَالْبَابُ وَالْكُوَّةُ أَوْلَى
وَعَلَى هذا حَائِطٌ بين قَسِيمَيْنِ وَلِأَحَدِ الْقَسِيمَيْنِ عليه جُذُوعُ الْحَائِطِ الْآخَرِ فَإِنْ شَرَطُوا قَطْعَ الْجُذُوعِ في الْقِسْمَةِ قطعت (((قطعه))) لِقَوْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَإِنْ لم يَشْتَرِطُوا تُرِكَ على حَالِهَا لِأَنَّ التَّرْكَ وَإِنْ كان ضَرَرًا لَكِنَّهُمْ لَمَّا لم يَشْتَرِطُوا الْقَطْعَ في الْقِسْمَةِ فَقَدْ الْتَزِمَ الضَّرَرُ
وَكَذَلِكَ لو كان وَقَعَ على هذا الْحَائِطِ دَرَجَةٌ أو أُسْطُوَانَةٌ جُمِعَ عليها جُذُوعٌ لِمَا قُلْنَا وَكَذَلِكَ رَوْشَنًا وَقَعَ لِصَاحِبِ الْعُلْوِ شَرَقًا على نَصِيبِ الْآخَرِ لم يَكُنْ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يُقْلِعَ الرَّوْشَنَ من غَيْرِ شَرْطِ الْقَلْعِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان لِأَحَدِهِمَا أَطْرَافُ خَشَبٍ على حَائِطِ صَاحِبِهِ فَإِنْ كان مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عليها سَقْفٌ لم يُكَلَّفْ قَلْعُهَا وَإِنْ كان لَا يُمْكِنُ كُلِّفَ الْقَلْعَ لِأَنَّهُ إذَا أَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ عليها سَقْفٌ أَمْكَنَهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ فَيَلْتَحِقُ بِالْحُقُوقِ فَأَشْبَهَ الرَّوْشَنَ وإذا لم يُمْكِنْ تَعَذَّرُ إلْحَاقِهَا بِالْحُقُوقِ فَبَقِيَ شَاغِلًا هو لِصَاحِبِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ فَيُكَلَّفُ قَطْعَهَا
وَلَوْ كان لِأَحَدِهِمَا شَجَرَةٌ أَغْصَانُهَا مُظِلَّةٌ على نَصِيبِ الْآخَرِ فَهَلْ تُقْطَعُ ذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا تُقْطَعُ لِأَنَّ في الْقَطْعِ ضَرَرًا لِصَاحِبِهَا
وَذَكَرَ ابن رُسْتُمَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ تُقْطَعُ كما يُقْطَعُ أَطْرَافُ الْخَشَبِ الذي لَا يُمْكِنُ تَسْقِيفُهَا
وَلَوْ اخْتَلَفَ أَهْلُ طَرِيقٍ في الطَّرِيقِ وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ منهم أَنَّهُ له فَهُوَ بَيْنَهُمْ بِالتَّسْوِيَةِ على عَدَدِ الرؤوس لَا على ذُرْعَانِ الدُّورِ وَالْمَنَازِلِ لِأَنَّهُمْ اسْتَوَوْا في الْيَدِ لِاسْتِوَائِهِمْ في الْمُرُورِ فيه إلَّا أَنْ يَقُومَ لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ فَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْيَدِ بِالْبَيِّنَةِ
دَارٌ لِرَجُلٍ وَفِيهَا طَرِيقٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ

رَجُلٍ فَمَاتَ صَاحِبُ الدَّارِ فَاقْتَسَمَتْ الْوَرَثَةُ الدَّارَ بَيْنَهُمْ وَتَرَكُوا الطَّرِيقَ كان الطَّرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّجُلِ نِصْفَيْنِ لَا على عَدَدِ الرؤوس حتى لو بَاعُوا الدَّارَ يُقْسَمُ الثَّمَنُ بين الْوَرَثَةِ وَبَيْنَهُ نِصْفَيْنِ لَا على عَدَدِ الرؤوس لِأَنَّ الْوَرَثَةَ قَامُوا مَقَامَ الْمُوَرِّثِ وقد كان الطَّرِيقُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَكَذَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ
وَلَوْ لم يَعْرِفْ أَنَّ الدَّارَ مِيرَاثٌ بَيْنَهُمْ وَجَحَدُوا ذلك فَالطَّرِيقُ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ على عَدَدِ الرؤوس لِاسْتِوَائِهِمْ في الْيَدِ على ما مَرَّ

وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُوجِبُ نَقْضَ الْقِسْمَةِ بَعْدَ وُجُودِهَا فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الذي يُوجِبُ نَقْضَ الْقِسْمَةِ بَعْدَ وُجُودِهَا أَنْوَاعٌ منها ظُهُورُ دَيْنٍ على الْمَيِّتِ إذَا طَلَبَ الْغُرَمَاءُ دُيُونَهُمْ وَلَا مَالَ لِلْمَيِّتِ سِوَاهُ وَلَا قَضَاهُ الْوَرَثَةُ من مَالِ أَنْفُسِهِمْ وَبَيَانُ ذلك أَنَّ الْوَرَثَةَ إذَا اقْتَسَمُوا التَّرِكَةَ ثُمَّ ظَهَرَ على الْمَيِّتِ دَيْنٌ فَهَذَا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ سِوَاهُ وَإِمَّا إنْ لم يَكُنْ فَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ سِوَاهُ وَلَا قَضَاهُ الْوَرَثَةُ من مَالِ أَنْفُسِهِمْ تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ سَوَاءً كان الدَّيْنُ مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ أو لم يَكُنْ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على الْإِرْثِ قَلِيلًا كان أو كَثِيرًا قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { من بَعْدِ وَصِيَّةٍ يوصي بها أو دَيْنٍ } قَدَّمَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الدَّيْنَ على الْوَصِيَّةِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ لِأَنَّ الدَّيْنَ إذَا كان مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْوَرَثَةِ فيها إلَّا من حَيْثُ الصُّورَةُ بَلْ هِيَ مِلْكٌ لِلْمَيِّتِ يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ الْغُرَمَاءِ وَقِيَامُ مِلْكِ الْغَيْرِ في الْمَحِلِّ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقِسْمَةِ فَقِيَامُ الْمِلْكِ وَالْحَقِّ أَوْلَى وإذا لم يَكُنْ مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ فَمِلْكُ الْمَيِّتِ وَحَقُّ الْغُرَمَاءِ وهو حَقُّ الِاسْتِيفَاءِ ثَابِتٌ في قَدْرِ الدَّيْنِ من التَّرِكَةِ على الشُّيُوعِ فَيَمْنَعُ جَوَازَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ لم يَكُنْ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ سِوَاهُ يُجْعَلُ الدَّيْنُ فيه وَتَمْضِي الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ تُصَانُ عن النَّقْضِ ما أَمْكَنَ وقد أَمْكَنَ صِيَانَتُهَا بِجَعْلِ الدَّيْنِ فيه
وَكَذَا الْوَرَثَةُ إذَا قَضَوْا الدَّيْنَ من مَالِ أَنْفُسِهِمْ لَا تُنْقَضُ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ كان مُتَعَلِّقًا بِصُورَةِ التَّرِكَةِ وَحَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَعْنَاهَا وهو الْمَالِيَّةُ فإذا قَضَوْا الدَّيْنَ من مَالِ أَنْفُسِهِمْ فَقَدْ اسْتَخْلَصُوا التَّرِكَةَ لِأَنْفُسِهِمْ صُورَةً وَمَعْنًى فَتَبَيَّنَ أَنَّهُمْ في الْحَقِيقَةِ اقْتَسَمُوا مَالَ أَنْفُسِهِمْ صُورَةً وَمَعْنًى فَتَبَيَّنَ أنها وَقَعَتْ صَحِيحَةً فَلَا تُنْقَضُ
وَكَذَلِكَ إذَا أَبْرَأَهُ الْغُرَمَاءُ من دُيُونِهِمْ لَا تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ لِأَنَّ النَّقْضَ لِحَقِّهِمْ وقد أَسْقَطُوهُ بِالْإِبْرَاءِ
وَكَذَلِكَ إذَا ظَهَرَ لِبَعْضِ الْمُقْتَسِمِينَ دَيْنٌ على الْمَيِّتِ بِأَنْ ادَّعَى دَيْنًا على الْمَيِّتِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عليه فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ الْقِسْمَةَ لِمَا قُلْنَا وَلَا تَكُونُ قِسْمَتُهُ إبْرَاءً من الدَّيْنِ لِأَنَّ حَقَّ الْغَرِيمِ يَتَعَلَّقُ بِمَعْنَى التَّرِكَةِ وهو مَالِيَّتُهَا لَا بِالصُّورَةِ وَلِهَذَا كان لِلْوَرَثَةِ حَقُّ الِاسْتِخْلَاصِ
وإذا كان كَذَلِكَ فَلَا يَكُونُ إقْدَامُهُ على الْقِسْمَةِ إقْرَارًا منه لِأَنَّهُ لَا دَيْنَ له على الْمَيِّتِ فلم يَكُنْ مُنَاقِضًا في دَعْوَاهُ فَسُمِعَتْ
وَمِنْهَا ظُهُورُ الْوَصِيَّةِ حتى لو اقْتَسَمُوا ثُمَّ ظَهَرَ ثَمَّ مُوصًى له بِالثُّلُثِ نُقِضَتْ قِسْمَتُهُمْ لِأَنَّ الْمُوصَى له شَرِيكُ الْوَرَثَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ من التَّرِكَةِ شَيْءٌ قبل الْقِسْمَةِ يُهْلَكُ من الْوَرَثَةِ وَالْمُوصَى له جميعا وَالْبَاقِي على الشَّرِكَةِ بَيْنَهُمْ
وَلَوْ اقْتَسَمُوا وَثَمَّةَ وَارِثٌ آخَرُ غَائِبٌ تُنْقَضُ فَكَذَا هذا
وَهَذَا إذَا كانت الْقِسْمَةُ بِالتَّرَاضِي فَإِنْ كانت بِقَضَاءِ الْقَاضِي لَا تُنْقَضُ لِأَنَّ الْمُوصَى له وَإِنْ كان كَوَاحِدٍ من الْوَرَثَةِ لَكِنَّ الْقَاضِيَ إذَا قَسَمَ عِنْدَ غَيْبَةِ أَحَدِ الْوَرَثَةِ لَا تُنْقَضُ قِسْمَتُهُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ في هذا الموضع (((الموضوع))) مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ
وَقَضَاءُ الْقَاضِي إذَا صَادَفَ مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ يَنْفُذُ وَلَا يُنْقَضُ
وَمِنْهَا ظُهُورُ الْوَارِثِ حتى لو اقْتَسَمُوا ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ ثَمَّةَ وَارِثٌ آخَرُ نُقِضَتْ قِسْمَتُهُمْ
وَلَوْ كانت الْقِسْمَةُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لَا تُنْقَضُ لِمَا ذَكَرْنَا
وَلَوْ ادَّعَى وَارِثٌ وَصِيَّةً لِابْنٍ له صَغِيرٍ بَعْدَ الْقِسْمَةِ لَا تَصِحُّ دَعْوَاهُ حتى لَا تُسْمَعَ

منه الْبَيِّنَةُ لِكَوْنِهِ مُنَاقِضًا في الدَّعْوَى إذْ لَا تَصِحُّ قِسْمَتُهُمْ الْمِيرَاثَ وَثَمَّ مُوصًى له فَكَانَ إقْدَامُهُ على الْقِسْمَةِ إقْرَارًا منه بِانْعِدَام الْوَصِيَّةِ فَكَانَ دَعْوَى وُجُودِ الْوَصِيَّةِ مُنَاقِضَةً فَلَا تُسْمَعُ وَلَكِنْ لَا يَبْطُلُ حَقُّ الصَّغِيرِ بِقِسْمَةِ الْأَبِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إبْطَالَ حَقِّهِ

وَكَذَلِكَ لو ادَّعَى بَعْضُ الْوَرَثَةِ أَنَّ أَخًا له من أبيه وَأُمِّهِ وَرِثَ أَبَاهُ مَعَهُمْ وَأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ وَوَرِثَهُ هذا الْمُدَّعِي وَجَحَدَ الْبَاقُونَ ذلك فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ هُنَا قضى في دَعْوَاهُ لِدَلَالَةِ إقْرَارِهِ بِانْعِدَامِ وَارِثٍ آخَرَ بإقدامهم (((بإقدامه))) على الْقِسْمَةِ

وَكَذَلِكَ كُلُّ مِيرَاثٍ يَدَّعِيهِ أو شِرَاءٍ أو هِبَةٍ أو صَدَقَةٍ أو وَصِيَّةٍ بَعْدَ الْقِسْمَةِ لِلتَّنَاقُضِ بِدَلَالَةِ الْإِقْدَامِ على الْقِسْمَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

دَارٌ بين رَجُلَيْنِ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ منها لِرَجُلٍ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ يَصِحُّ إقْرَارُهُ لِأَنَّ إقْرَارَ الْإِنْسَانِ حُجَّةٌ على نَفْسِهِ لِأَنَّ هذا الْإِقْرَارَ لم يُوجِبْ تَعَلُّقَ الْحَقِّ بِالْعَيْنِ لِحَقِّ الشَّرِيكِ الْآخَرِ بَلْ هو مَوْقُوفٌ وإذا لم يَتَعَلَّقْ بِالْعَيْنِ

(7/30)

لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْقِسْمَةِ فَتُقْسَمُ الدَّارُ وَيُجْبَرُ على الْقِسْمَةِ وَمَتَى قُسِمَتْ فَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ الْمُقَرُّ بِهِ في نَصِيبِ الْمُقِرِّ دَفَعَهُ إلَى الْمُقَرِّ له لِأَنَّ الْإِقْرَارَ قد صَحَّ وَتَسْلِيمُ عَيْنِ الْمُقَرِّ بِهِ مُمْكِنٌ فَيُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ وَإِنْ وَقَعَ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ يَدْفَعُ إلَيْهِ قَدْرَ ذَرْعِ الْمُقَرِّ بِهِ من نَصِيبِ نَفْسِهِ فَيَقْسِمُ ما أَصَابَهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُقَرِّ له فَيَضْرِبُ الْمُقَرُّ له بِذَرْعِ الْبَيْتِ وَيَضْرِبُ الْمُقِرُّ بِنِصْفِ ذَرْعِ الدَّارِ بَعْدَ الْبَيْتِ

وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ عَلَيْهِمَا الرَّحْمَةُ

وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَضْرِبُ الْمُقِرُّ بِنِصْفِ ذراع (((ذرع))) الدَّارِ كما قَالَا وَلَكِنَّ الْمُقَرَّ له يَضْرِبُ بِنِصْفِ ذَرْعِ الْبَيْتِ لَا بِكُلِّهِ حتى لو كان ذَرْعُ الدَّارِ مِائَةً وَذَرْعُ الْبَيْتِ عَشَرَةً فَتُقْسَمُ الدَّارُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ يَكُونُ لِلْمُقَرِّ له عَشَرَةُ أَذْرُعٍ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ جَمِيعُ ذَرْعِ الْبَيْتِ وَالْبَاقِي وهو خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ لِلْمُقِرِّ لِأَنَّهُ نِصْفُ ذَرْعِ الدَّارِ بَعْدَ ذَرْعِ الْبَيْتِ

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَكُونُ لِلْمُقَرِّ له خَمْسَةُ أَذْرُعٍ إذْ هو نِصْفُ ذَرْعِ الْبَيْتِ الْمُقَرِّ بِهِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِقْرَارَ صَادَفَ مَحِلًّا مُعَيَّنًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْأَيْنِ من الدَّارِ أَحَدُهُمَا له وَالْآخَرُ لِصَاحِبِهِ على الشُّيُوعِ فَيَبْطُلُ في نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَيَصِحُّ في نَصِيبِهِ وَذَلِكَ يُوجِبُ لِلْمُقَرِّ له نِصْفُ ذَرْعِ الْبَيْتِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْمُشْتَرَكِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ قبل الْقِسْمَةِ بَلْ هو مَوْقُوفٌ وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بها (((بهما))) بَعْدَ الْقِسْمَةِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لم يَمْنَعْ صِحَّةَ الْقِسْمَةِ وَلَوْ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ لَمَنَعَ فإذا قُسِمَتْ الدَّارُ الْآنَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ فَإِنْ وَقَعَ الْمُقَرُّ بِهِ في نَصِيبِ الْمُقِرِّ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ لِأَنَّهُ قَادِرٌ على تَسْلِيمِ الْعَيْنِ وَإِنْ وَقَعَ في نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَقَدْ عَجَزَ عن تَسْلِيمِ عَيْنِهِ فَيُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ بَدَلِهِ من نَصِيبِهِ وهو تَمَامُ ذَرْعِ الْمُقَرِّ بِهِ

هذا إذَا كان الْمُقَرُّ بِهِ شيئا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَإِنْ كان مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ كَبَيْتٍ من حَمَّامٍ مُشْتَرَكَةٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ أَقَرَّ أَنَّهُ لِرَجُلٍ وَأَنْكَرَ صَاحِبُهُ فَيَصِحُّ

إقْرَارُهُ وَلَكِنْ يُجْبَرُ على قِسْمَتِهِ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْإِضْرَارِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْجَبْرَ على ما ذَكَرْنَاهُ في مَوْضِعِهِ وَيَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيمَةِ الْبَيْتِ لِأَنَّهُ عَجَزَ عن تَسْلِيمِ الْعَيْنِ وَالْإِقْرَارُ بِعَيْنٍ مَعْجُوزِ التَّسْلِيمِ يَكُونُ إقْرَارًا بِبَدَلِهِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ وَصِيَانَةً لِحَقِّ الْغَيْرِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ كَالْإِقْرَارِ بِجِذْعٍ في الدَّارِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ هذا الذي ذَكَرْنَا قِسْمَةُ الْأَعْيَانِ وَأَمَّا قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ فَهِيَ الْمُسَمَّاةُ بِالْمُهَايَئَاتِ وَالْكَلَامُ فيها في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنْوَاعِ الْمُهَايَئَاتِ وما يَجُوزُ منها وما لَا يَجُوزُ وفي بَيَانِ مَحِلِّ الْمُهَايَئَاتِ وفي بيات (((بيان))) صِفَةِ الْمُهَايَئَاتِ وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ من التَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمُهَايَئَاتِ وما لَا يَمْلِكُ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْمُهَايَئَاتُ نَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْمَكَانِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الزَّمَانِ أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنْ يتهايئا (((يتهايآ))) في دَارٍ وَاحِدَةٍ على أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَائِفَةً منها يَسْكُنُهَا وإنه جَائِزٌ لِأَنَّ الْمُهَايَئَاتِ قِسْمَةٌ فَتُعْتَبَرُ بِقِسْمَةِ الْعَيْنِ وَقِسْمَةُ الْعَيْنِ على الْوَجْهِ جَائِزَةٌ فَكَذَا قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ

وَكَذَا لو تَهَايَئَا على أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا السُّفْلَ وَالْآخَرُ الْعُلْوَ جَازَ ذلك لِمَا قُلْنَا وَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْمُدَّةِ في هذا النَّوْعِ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْمَنَافِعِ لَيْسَتْ بِمُبَادَلَةِ الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّ مُبَادَلَةَ الْمَنْفَعَةِ بِجِنْسِهَا غَيْرُ جَائِزَةٍ عِنْدَنَا كَإِجَارَةِ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ بِالْخِدْمَةِ

وَكَذَلِكَ لو تَهَايَئَا في دَارَيْنِ وَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَارًا يَسْكُنُهَا أو يَسْتَغِلُّهَا فَهُوَ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ

أَمَّا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّ قِسْمَةَ الْجَمْعِ في عَيْنِ الدُّورِ جَائِزَةٌ فَكَذَا في الْمَنَافِعِ

وَأَمَّا أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَحْتَاجُ إلَى الْفَرْقِ بين الْعَيْنِ وَبَيْنَ الْمَنْفَعَةِ

وَجْهُ الْفَرْقِ له أَنَّ الدُّورَ في حُكْمِ أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ لِتَفَاحُشِ التَّفَاوُتِ بين دَارٍ وَدَارٍ وفي نَفْسِهَا وَبِنَائِهَا وَمَوْضِعِهَا وَلَا تَجُوزُ قِسْمَةُ الْجَمْعِ في جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ على ما مَرَّ وَأَمَّا التَّفَاوُتُ في الْمَنَافِعِ فَقَلَّ ما يَتَفَاحَشُ بَلْ يَتَقَارَبُ فلم تَلْتَحِقْ مَنَافِعُ الدَّارَيْنِ بِالْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ فَجَازَتْ الْقِسْمَةُ

وَكَذَلِكَ لو تَهَايَئَا في عَبْدَيْنِ على الْخِدْمَةِ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ

أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ قِسْمَةَ الْجَمْعِ في أَعْيَانِ الرَّقِيقِ جَائِزَةٌ وَكَذَا في مَنَافِعِهَا

وَوَجْهُ الْفَرْقِ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الدَّارَيْنِ

وَلَوْ تَهَايَئَا في عَبْدَيْنِ فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا يَخْدُمُهُ وَشَرَطَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على نَفْسِهِ طَعَامَ الْعَبْدِ الذي يَخْدُمُهُ جَازَ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ

ووجه (((ووجهه))) أَنَّ طَعَامَ كل وَاحِدٍ من الْعَبْدَيْنِ على الشَّرِيكَيْنِ جميعا على الْمُنَاصَفَةِ فَاشْتِرَاطُ كل الطَّعَامِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على نَفْسِهِ يَخْرُجُ مَخْرَجَ مُعَاوَضَةِ بَعْضِ الطَّعَامِ بِالْبَعْضِ وأنها غَيْرُ جَائِزَةٍ لِلْجَهَالَةِ

ووجهه (((ووجه))) الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هذا النَّوْعَ من الْجَهَالَةِ لَا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ مَبْنَى الطَّعَامِ على الْمُسَامَحَةِ في الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ دُونَ الْمُضَايِقَةِ بِخِلَافِ ما إذَا شَرَطَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على نَفْسِهِ كِسْوَةَ

الْعَبْدِ الذي يَخْدُمُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَجْرِي في الْكِسْوَةِ من الْمُضَايِقَةِ ما لَا يَجْرِي في الطَّعَامِ في الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَكَانَتْ الْجَهَالَةُ في الْكِسْوَةِ مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ مع ما أن الْجَهَالَةَ في الْكِسْوَةِ تَتَفَاحَشُ بِخِلَافِ الطَّعَامِ لِذَلِكَ افْتَرَقَا
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا التَّهَايُؤُ في الدَّوَابِّ بِأَنْ أَخَذَ أَحَدُهُمَا دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا وَالْآخَرُ دَابَّةً أُخْرَى من جِنْسِهَا يَسْتَغِلُّهَا وَشَرَطَ الِاسْتِغْلَالَ فَغَيْرُ جَائِزٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا جَائِزٌ وَجْهُ قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْجَمْعِ في أَعْيَانِ الدَّوَابِّ من جِنْسٍ وَاحِدٍ جَائِزَةٌ فَكَذَا قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ الْفَرْقُ بين الْمَنْفَعَةِ وَبَيْنَ الْمَنْفَعَةِ أَنَّهُ جَوَّزَ قِسْمَةَ الْجَمْعِ في أَعْيَانِهَا ولم يُجَوِّزْ في مَنَافِعِهَا
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أنها بِاعْتِبَارِ أَعْيَانِهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ لَكِنَّهَا في مَنْفَعَةِ الرُّكُوبِ في حُكْمِ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بِدَلِيلِ أَنَّ من اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا لم يَمْلِكْ أَنْ يُؤَاجِرَهَا لِلرُّكُوبِ وَلَوْ فَعَلَ لَضَمِنَ فَأَشْبَهَ اخْتِلَافُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ اخْتِلَافَ جِنْسِ الْعَيْنِ وَاخْتِلَافُ جِنْسِ الْعَيْنِ عِنْدَهُ مَانِعٌ جَوَازَ قِسْمَةِ الْجَمْعِ كَذَا في الْمَنْفَعَةِ بِخِلَافِ الْمُهَايَئَاتِ في الدَّارَيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ إنها جَائِزَةٌ لِأَنَّ هُنَاكَ الْمَنَافِعَ مُتَقَارِبَةٌ غَيْرُ مُتَفَاحِشَةٍ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ فيها يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ من غَيْرِهِ فلم يَخْتَلِفْ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ فَجَازَتْ الْمُهَايَئَاتُ
وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي وهو الْمُهَايَئَاتُ بِالزَّمَانِ فَهُوَ أَنْ يتهايئا (((يتهايآ))) في بَيْتٍ صَغِيرٍ على أَنْ يَسْكُنَهُ هذا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا أو في عَبْدٍ وَاحِدٍ على أَنْ يَخْدُمَ هذا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا وَهَذَا جَائِزٌ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { قال هذه نَاقَةٌ لها شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ } أَخْبَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عن نبينه (((نبيه))) سَيِّدِنَا صَالِحٍ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُهَايَئَاتُ في الشِّرْبِ ولم يُنْكِرْهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَالْحَكِيمُ إذَا حَكَى عن مُنْكَرٍ غَيَّرَهُ فَدَلَّ على جَوَازِ الْمُهَايَئَاتِ بِالزَّمَانِ بِظَاهِرِ النَّصِّ وَثَبَتَ جَوَازُ النَّوْعِ الْآخَرِ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ لِأَنَّهَا أَشْبَهُ بِالْمُقَاسَمَةِ من النَّوْعِ الْأَوَّلِ وَلِأَنَّ جَوَازَ الْمُهَايَئَاتِ بِالزَّمَانِ لِمَكَانِ حَاجَاتِ الناس وَحَاجَتُهُمْ إلَى الْمُهَايَئَاتِ بِالْمَكَانِ أَشَدُّ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ كُلَّهَا في احْتِمَالِ الْمُهَايَئَاتِ بِالزَّمَانِ شَرْعٌ سَوَاءٌ من الْأَعْيَانِ ما لَا يَحْتَمِلُ الْمُهَايَئَاتِ بِالْمَكَانِ كَالْعَبْدِ وَالْبَيْتِ الصَّغِيرِ وَنَحْوِهِمَا فلما جَازَتْ تِلْكَ فَلَأَنْ تَجُوزَ هذه أَوْلَى
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ مَحِلِّ الْمُهَايَئَاتِ فَنَقُولُ وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللَّهِ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ إنَّ مَحِلَّهَا الْمَنَافِعُ دُونَ الْأَعْيَانِ لِأَنَّهَا قِسْمَةُ الْمَنْفَعَةِ دُونَ الْعَيْنِ فَكَانَ مَحِلُّهَا الْمَنْفَعَةَ دُونَ الْعَيْنِ حتى إنهما لو تَهَايَئَا في نَخْلٍ أو شَجَرٍ بين شَرِيكَيْنِ على أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَائِفَةً يَسْتَثْمِرُهَا لَا يَجُوزُ
وَكَذَلِكَ إذَا تَهَايَئَا في الْغَنَمِ الْمُشْتَرَكَةِ على أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ منهم قَطِيعًا وَيَنْتَفِعُ بِأَلْبَانِهَا لَا يَجُوزُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ هذا عَقْدُ قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ والثمن (((والثمر))) وَاللَّبَنُ عَيْنُ مَالٍ فَلَا تَدْخُلُ تَحْتَ عَقْدِ الْمُهَايَئَاتِ
وَلَوْ تَهَايَئَا في الْأَرَاضِي الْمُشْتَرَكَةِ على أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا وَيَذْرَعُ جَازَ لِأَنَّ ذلك قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ وهو مَعْنَى الْمُهَايَئَاتِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الْمُهَايَئَاتِ فَهِيَ أنها عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ حتى لو طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَةَ الْعَيْنِ بَعْدَ الْمُهَايَئَاتِ قَسَمَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا وَفَسَخَ الْمُهَايَئَاتِ لِأَنَّهَا كَالْخُلْفِ عن قِسْمَةِ الْعَيْنِ وَقِسْمَةُ الْعَيْنِ كَالْأَصْلِ فِيمَا شُرِعَتْ له الْقِسْمَةُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ شُرِعَتْ لِتَكْمِيلِ مَنَافِعِ الْمِلْكِ وَهَذَا الْمَعْنَى في قِسْمَةِ الْعَيْنِ أَكْمَلُ
ولهاذ (((ولهذا))) لو طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ قبل الْمُهَايَئَاتِ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ

على الْقِسْمَةِ فَكَانَ عَقْدًا جَائِزًا فَاحْتَمَلَ الْفَسْخَ كَسَائِرِ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ وَلَا يَبْطُلُ بموتأحد الشَّرِيكَيْنِ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ لِأَنَّهَا لو بَطَلَتْ لَأَعَادَهَا الْقَاضِي لِلْحَالِ ثَانِيًا فَلَا يُفِيدُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا من التَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمُهَايَئَاتِ أَمَّا في الْمُهَايَئَاتِ بِالْمَكَانِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَسْتَغِلَّ ما أَصَابَهُ بِالْمُهَايَئَاتِ سَوَاءٌ شَرَطَ الِاسْتِغْلَالَ في الْعَقْدِ أو لَا وَسَوَاءٌ تَهَايَئَا في دَارٍ وَاحِدَةٍ أو دَارَيْنِ لِأَنَّ المنافع (((المنافع))) بَعْدَ الْمُهَايَئَاتِ تَحْدُثُ على مِلْكِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا أَخَذَهُ فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بِالتَّمْلِيكِ من غَيْرِهِ
وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُهَايَئَاتِ في هذا النَّوْعِ لَيْسَتْ بِإِعَارَةٍ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا تُؤَاجَرُ
وَأَمَّا الْمُهَايَئَاتُ بِالزَّمَانِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسْكِنَ أو يَسْتَخْدِمَ لِمَا ذَكَرْنَا لَكِنْ لَا بُدَّ من ذِكْرِ الْوَقْتِ من الْيَوْمِ وَالشَّهْرِ وَنَحْوِ ذلك بِخِلَافِ الْمُهَايَأَةِ بِالْمَكَانِ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وِلَايَةَ السُّكْنَى وَالِاسْتِغْلَالِ مُطْلَقًا لِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى ذِكْرِ الْوَقْتِ لِتَصِيرَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً وَالْمُهَايَئَاتُ بِالْمَكَانِ قِسْمَةُ مَنَافِعَ مَقْدِرَةٍ مَجْمُوعَةٍ بِالْمَكَانِ
وَمَكَانُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومٌ فَصَارَتْ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً بِالْعِلْمِ بِمَكَانِهَا فَجَازَتْ الْمُهَايَأَةُ
وَأَمَّا الْمُهَايَأَةُ بِالزَّمَانِ فَقِسْمَةٌ مُقَدَّرَةٌ

بِالزَّمَانِ فَلَا تَصِيرُ مَعْلُومَةً إلَّا بِذِكْرِ زَمَانٍ مَعْلُومٍ فَهُوَ الْفَرْقُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَهَلْ يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الِاسْتِغْلَالَ في نَوْبَتِهِ لَا خِلَافَ في أَنَّهُمَا إذَا لم يَشْتَرِطَا لم يَمْلِكْ
فَأَمَّا إذَا شَرَطَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ لِأَنَّ هذا النَّوْعَ من الْمُهَايَأَةِ في مَعْنَى الْإِعَارَةِ وَالْعَارِيَّةُ لَا تُؤْجَرُ
وَذَكَرَ الْأَصْلُ أَنَّ التَّهَايُؤَ في الدَّارِ الْوَاحِدَةِ على السُّكْنَى وَالْغَلَّةِ جَائِزَةٌ
مِنهم من قال الْمَذْكُورُ في الْأَصْلِ ليس بِمُهَايَئَاتٍ حَقِيقَةً لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَضَافَ التَّهَايُؤَ إلَى الْغَلَّةِ دُونَ الِاسْتِغْلَالِ وَالْغَلَّةُ لَا تَحْتَمِلُ التَّهَايُؤَ حَقِيقَةً إذْ هِيَ عَيْنٌ وَالتَّهَايُؤُ قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ دُونَ الْأَعْيَانِ
وَالثَّانِي أَنَّهُ ذَكَرَ فيه أَنَّ غَلَّةَ الدَّارِ إذَا أوصلت (((وصلت))) في يَدِ أَحَدِهِمَا شَارَكَهُ فيه صَاحِبُهُ وَلَيْسَ ذلك حُكْمُ جَوَازِ الْمُهَايَئَاتِ وَكَمَا أَنَّ الْمُهَايَأَةَ بِالْمَكَانِ في الدَّارَيْنِ إذَا تَهَايَئَا أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَأَخْذُهُ يَسْتَغِلَّهَا فَاسْتَغَلَّهَا فَفَضَلَ من الْغَلَّةِ في يَدِ أَحَدِهِمَا أَنَّ الْفَاضِلَ يَكُونُ له خَاصَّةً وَيَكُونُ الْمَذْكُورُ في الْأَصْلِ مَحْمُولًا على ما إذَا اصْطَلَحَا على أَنْ يَأْخُذَ هذا غَلَّةَ شَهْرٍ وَذَلِكَ غَلَّةَ شَهْرٍ وَسُمِّيَ ذلك مهايأة مُهَايَأَةً مَجَازًا وَإِنْ لم يَكُنْ ذلك مُهَايَأَةً حَقِيقَةً في هذه الصُّورَةِ يَكُونُ فَضْلُ الْغَلَّةِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا
وَعَلَى هذا يَرْتَفِعُ اخْتِلَافُ الرِّوَايَتَيْنِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمَذْكُورُ في الْأَصْلِ دَلِيلًا على شَرْطِ جَوَازِ الِاسْتِغْلَالِ إذْ الْغَلَّةُ يَجُوزُ أَنْ تُذْكَرَ بِمَعْنَى الِاسْتِغْلَالِ في الْجُمْلَةِ وقد قام دَلِيلُ إرَادَةِ الِاسْتِغْلَالِ هَهُنَا وهو قَرِينَةُ التَّهَايُؤِ إذْ هِيَ عِبَارَةٌ عن قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ دُونَ الْغَلَّةِ التي هِيَ عَيْنُ مَالِهِ

وَكَذَا التَّهَايُؤُ يَكُونُ على شَيْءٍ هو مَقْدُورُ التَّهَايُؤِ وهو فِعْلُ الِاسْتِغْلَالِ دُونَ عَيْنِ الْغَلَّةِ وَلِهَذَا قَرَنَ بها السُّكْنَى الذي هو فِعْلُ السَّاكِنِ وَيَكُونُ قَوْلُهُ ما فَضَلَ من الْغَلَّةِ في يَدِهِ يُشَارِكُهُ فيه صَاحِبُهُ مَحْمُولًا على ما إذَا تَهَايَئَا بِشَرْطِ الِاسْتِغْلَالِ ابْتِدَاءً ثُمَّ اصْطَلَحَا على أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا غَلَّةَ شَهْرٍ وفي هذه الصُّورَةِ يَكُونُ فَضْلُ الْغَلَّةِ بَيْنَهُمَا كما في الدَّارَيْنِ فَعَلَى هذا ثَبَتَ اخْتِلَافُ رِوَايَتَيْ الْحَاكِمِ وَأَحْمَدَ بن الْحُسَيْنِ الْقُدُورِيِّ عليهم الرَّحْمَةُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ الْحُدُودِ جَمَعَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بين مَسَائِلِ الْحُدُودِ وَبَيْنَ مَسَائِلِ التَّعْزِيرِ وَبَدَأَ بِمَسَائِلِ الْحُدُودِ فَبَدَأَ بِمَا بَدَأَ بِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى التَّوْفِيقُ الْكَلَامُ في الْحُدُودِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ مَعْنَى الْحَدِّ لُغَةً وَشَرْعًا

وفي بَيَانِ أَسْبَابِ وُجُوبِ الْحُدُودِ وَشَرَائِطِ وُجُوبِهَا

وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ بِهِ وُجُوبُهَا عِنْدَ الْقَاضِي وفي بَيَانِ صِفَاتِهَا وفي بَيَانِ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ منها وفي بَيَانِ شَرَائِطِ جَوَازِ إقَامَتِهَا

وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ إقَامَتِهَا وَمَوْضِعِ الْإِقَامَةِ وفي بَيَانِ ما يُسْقِطُهَا بَعْدَ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ حُكْمِهَا إذَا اجْتَمَعَتْ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْمَحْدُودِ

أَمَّا الْأَوَّلُ الْحَدُّ في اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عن الْمَنْعِ وَمِنْهُ سُمِّيَ الْبَوَّابُ حَدَّادًا لِمَنْعِهِ الناس عن الدُّخُولِ وفي الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عن عُقُوبَةٍ مُقَدَّرَةٍ وَاجِبَةٍ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ فإنه ليس بِمُقَدَّرٍ قد يَكُونُ بِالضَّرْبِ وقد يَكُونُ بِالْحَبْسِ وقد يَكُونُ بِغَيْرِهِمَا وَبِخِلَافِ الْقِصَاصِ فإنه وَإِنْ كان عُقُوبَةً مُقَدَّرَةً لَكِنَّهُ يَجِبُ حَقًّا لِلْعَبْدِ حتى يَجْرِيَ فيه الْعَفْوُ وَالصُّلْحُ

سُمِّيَ هذا النَّوْعُ من الْعُقُوبَةِ حَدًّا لِأَنَّهُ يَمْنَعُ صَاحِبَهُ إذَا لم يَكُنْ مُتْلِفًا وَغَيْرَهُ بِالْمُشَاهَدَةِ وَيَمْنَعُ من يُشَاهِدُ ذلك وَيُعَايِنُهُ إذَا لم يَكُنْ مُتْلِفًا لِأَنَّهُ يَتَصَوَّرُ حُلُولَ تِلْكَ الْعُقُوبَةِ بِنَفْسِهِ لو بَاشَرَ تِلْكَ الْجِنَايَةَ فَيَمْنَعُهُ ذلك من الْمُبَاشَرَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ أَسْبَابِ وُجُوبِهَا فَلَا يُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَيْهِ إلَّا بَعْدَ مَعْرِفَةِ أَنْوَاعِهَا لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ كل نَوْعٍ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ النَّوْعِ فَنَقُولُ الْحُدُودُ خَمْسَةُ أَنْوَاعٍ حَدُّ السَّرِقَةِ وَحَدُّ الزِّنَا وَحَدُّ الشُّرْبِ وَحَدُّ السُّكْرِ وَحَدُّ الْقَذْفِ

أَمَّا حَدُّ السَّرِقَةِ فَسَبَبُ وُجُوبِهِ السَّرِقَةُ وَسَنَذْكُرُ رُكْنَ السَّرِقَةِ وَشَرَائِطَ الرُّكْنِ في كِتَابِ السَّرِقَةِ

وَأَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَنَوْعَانِ جَلْدٌ وَرَجْمٌ وَسَبَبُ وُجُوبِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وهو الزِّنَا وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ في الشَّرْطِ وهو الْإِحْصَانُ فَالْإِحْصَانُ شَرْطٌ لِوُجُوبِ الرَّجْمِ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الْجَلْدِ فَلَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ الزِّنَا وَالْإِحْصَانِ في عُرْفِ الشَّرْعِ

أَمَّا الزِّنَا فَهُوَ اسْمٌ لِلْوَطْءِ الْحَرَامِ في قُبُلِ الْمَرْأَةِ الْحَيَّةِ في حَالَةِ الِاخْتِيَارِ في دَارِ الْعَدْلِ مِمَّنْ الْتَزَمَ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ الْعَارِي عن حَقِيقَةِ الْمِلْكِ وَعَنْ شُبْهَتِهِ وَعَنْ حَقِّ الْمِلْكِ وَعَنْ حَقِيقَةِ النِّكَاحِ وَشُبْهَتِهِ وَعَنْ شُبْهَةِ الِاشْتِبَاهِ في مَوْضِعِ الِاشْتِبَاهِ في الْمِلْكِ وَالنِّكَاحِ

جميعا
وَالْأَصْلُ في اعْتِبَارِ الشُّبْهَةِ في هذا الْبَابِ الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إدْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ وَلِأَنَّ الْحَدَّ عُقُوبَةٌ مُتَكَامِلَةٌ فَتَسْتَدْعِي جِنَايَةً مُتَكَامِلَةً وَالْوَطْءُ في الْقُبُلِ في غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا نِكَاحٍ لَا يَتَكَامَلُ جِنَايَةً إلَّا عِنْدَ انْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ كُلِّهَا
إذَا عُرِفَ الزِّنَا في عُرْفِ الشَّرْعِ فَنُخَرِّجُ عليه بَعْضَ الْمَسَائِلِ فَنَقُولُ الصَّبِيُّ أو الْمَجْنُونُ إذَا وطىء امْرَأَةً أَجْنَبِيَّةً لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ فِعْلَهُمَا لَا يُوصَفُ بِالْحُرْمَةِ فَلَا يَكُونُ الْوَطْءُ مِنْهُمَا زِنًا فَلَا حَدَّ على الْمَرْأَةِ إذَا طَاوَعَتْهُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وقال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ عليها الْحَدُّ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الْعَاقِلَ الْبَالِغَ إذَا زنا بِصَبِيَّةٍ أو مَجْنُونَةٍ أَنَّهُ يَجِبُ عليه الْحَدُّ وَلَا حَدَّ عليها
لَهُمَا أَنَّ الْمَانِعَ من وُقُوعِ الْفِعْلِ زِنًا خَصَّ أَحَدَ الْجَانِبَيْنِ فَيَخْتَصُّ بِهِ الْمَنْعُ كَالْعَاقِلِ الْبَالِغِ إذَا زنا بِصَبِيَّةٍ أو مَجْنُونَةٍ أَنَّهُ يَجِبُ عليه الْحَدُّ وَإِنْ كان لَا يَجِبُ عليها لِمَا قُلْنَا
كَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّ وُجُوبَ الْحَدِّ على الْمَرْأَةِ في بَابِ الزِّنَا ليس لِكَوْنِهَا زَانِيَةً لِأَنَّ فِعْلَ الزِّنَا لَا يَتَحَقَّقُ منها وهو الْوَطْءُ لِأَنَّهَا مَوْطُوءَةٌ وَلَيْسَتْ بِوَاطِئَةٍ وَتَسْمِيَتُهَا في الْكِتَابِ الْعَزِيزِ زَانِيَةً مَجَازٌ لَا حَقِيقَةٌ وَإِنَّمَا وَجَبَ عليها لِكَوْنِهَا مَزْنِيًّا بها وَفِعْلُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ليس بِزِنًا فَلَا تَكُونُ هِيَ مَزْنِيًّا بها فَلَا يَجِبُ عليها الْحَدُّ وَفِعْلُ الزِّنَا يَتَحَقَّقُ من الْعَاقِلِ الْبَالِغِ فَكَانَتْ الصَّبِيَّةُ أو الْمَجْنُونَةُ مَزْنِيًّا بها إلَّا أَنَّ الْحَدَّ لم يَجِبْ عليها لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ وَالْأَهْلِيَّةُ ثَابِتَةٌ في جَانِبِ الرَّجُلِ فَيَجِبُ
وَكَذَلِكَ الْوَطْءُ في الدُّبُرِ في الْأُنْثَى أو الذَّكَرِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَإِنْ كان حَرَامًا لِعَدَمِ الْوَطْءِ في الْقُبُلِ فلم يَكُنْ زِنًا
وَعِنْدَهُمَا وَالشَّافِعِيُّ يُوجِبُ الْحَدَّ وهو الرَّجْمُ إنْ كان مُحْصَنًا وَالْجَلْدُ إنْ كان غير مُحْصَنٍ
لَا لِأَنَّهُ زِنًا بَلْ لِأَنَّهُ في مَعْنَى الزِّنَا لِمُشَارَكَةِ الزِّنَا في الْمَعْنَى الْمُسْتَدْعِي لِوُجُوبِ الْحَدِّ وهو الْوَطْءُ الْحَرَامُ على وَجْهِ التَّمَحُّضِ فَكَانَ في مَعْنَى الزِّنَا فَوُرُودُ النَّصِّ بِإِيجَابِ الْحَدِّ هُنَاكَ يَكُونُ وُرُودًا هَهُنَا دَلَالَةً
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ما ذَكَرْنَا أَنَّ اللِّوَاطَةَ لَيْسَتْ بِزِنًا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الزِّنَا اسْمٌ لِلْوَطْءِ في قُبُلِ الْمَرْأَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْتَقِيمُ أَنْ يُقَالَ لَاطَ وما زنا وزنا (((وزنى))) وما لَاطَ وَيُقَالُ فُلَانٌ لُوطِيٌّ وَفُلَانٌ زَانِي
فَكَذَا يَخْتَلِفَانِ اسْمًا
وَاخْتِلَافُ الْأَسَامِي دَلِيلُ اخْتِلَافِ الْمَعَانِي في الْأَصْلِ
وَلِهَذَا اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في حَدِّ هذا الْفِعْلِ
وَلَوْ كان هذا زِنًا لم يَكُنْ لِاخْتِلَافِهِمْ مَعْنًى
لِأَنَّ مُوجِبَ الزِّنَا كان مَعْلُومًا لهم بِالنَّصِّ فَثَبَتَ أَنَّهُ ليس بِزِنًا وَلَا في مَعْنَى الزِّنَا أَيْضًا لِمَا في الزِّنَا من اشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ وَتَضْيِيعِ الْوَلَدِ
ولم يُوجَدْ ذلك في هذا الْفِعْلِ
إنَّمَا فيه تَضْيِيعُ الْمَاءِ الْمَهِينِ الذي يُبَاحُ مِثْلُهُ بِالْعَزْلِ
وَكَذَا ليس في مَعْنَاهُ فِيمَا شُرِعَ له الْحَدُّ وهو الزَّجْرُ
لِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى شَرْعِ الزَّاجِرِ فِيمَا يَغْلِبُ وُجُودُهُ
وَلَا يَغْلِبُ وُجُودُ هذا الْفِعْلِ
لِأَنَّ وُجُودَهُ يَتَعَلَّقُ بِاخْتِيَارِ شَخْصَيْنِ

وَلَا اخْتِيَارَ إلَّا لِدَاعٍ يَدْعُو إلَيْهِ وَلَا دَاعِي في جَانِبِ الْمَحِلِّ أَصْلًا
وفي الزِّنَا وُجِدَ الدَّاعِي من الْجَانِبَيْنِ جميعا وهو الشَّهْوَةُ الْمُرَكَّبَةُ فِيهِمَا جميعا فلم يَكُنْ في مَعْنَى الزِّنَا فَوُرُودُ النَّصِّ هُنَاكَ ليس وُرُودًا هَهُنَا وَكَذَا اخْتِلَافُ اجْتِهَادِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ دَلِيلٌ على أَنَّ الْوَاجِبَ بهذا الْفِعْلِ هو التَّعْزِيرُ لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ التَّعْزِيرَ هو الذي يَحْتَمِلُ الِاخْتِلَافَ في الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ لَا الْحَدِّ
وَالثَّانِي أَنَّهُ لَا مَجَالَ لِلِاجْتِهَادِ في الْحَدِّ بَلْ لَا يُعْرَفُ إلَّا بِالتَّوْقِيفِ وَلِلِاجْتِهَادِ مَجَالٌ في التَّعْزِيرِ
وَكَذَا وَطْءُ الْمَرْأَةِ الْمَيِّتَةِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَيُوجِبُ التَّعْزِيرَ لِعَدَمِ وَطْءِ الْمَرْأَةِ الْحَيَّةِ
وَكَذَا وَطْءُ الْبَهِيمَةِ وَإِنْ كان حَرَامًا لِانْعِدَامِ الْوَطْءِ في قُبُلِ الْمَرْأَةِ فلم يَكُنْ زِنًا ثُمَّ إنْ كانت الْبَهِيمَةُ مِلْكَ الواطىء قِيلَ إنَّهَا تُذْبَحُ وَلَا تُؤْكَلُ وَلَا رِوَايَةَ فيه عن أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ
لَكِنْ رَوَى مُحَمَّدٌ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ لم يَحُدَّ واطىء (((واطئ))) الْبَهِيمَةِ وَأَمَرَ بِالْبَهِيمَةِ حتى أُحْرِقَتْ بِالنَّارِ
وَكَذَلِكَ الْوَطْءُ عن إكْرَاهٍ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَكَذَلِكَ الْوَطْءُ في دَارِ الْحَرْبِ وفي دَارِ الْبَغْيِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ حتى إنَّ من زنا في دَارِ الْحَرْبِ أو دَارِ الْبَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إلَيْنَا لَا يُقَامُ عليه الْحَدُّ لِأَنَّ الزِّنَا لم يَنْعَقِدْ سَبَبًا لِوُجُوبِ الْحَدِّ حين وُجُودِهِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ فَلَا يُسْتَوْفَى بَعْدَ ذلك
وَكَذَلِكَ الْحَرْبِيُّ الْمُسْتَأْمَنُ إذَا زنا بِمُسْلِمَةٍ أو ذِمِّيَّةٍ أو ذِمِّيٌّ زنا بِحَرْبِيَّةٍ مُسْتَأْمَنَةٍ لَا حَدَّ على الْحَرْبِيِّ وَالْحَرْبِيَّةِ عِنْدَهُمَا
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُحَدَّانِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَمَّا دخل دَارَ الْإِسْلَامِ فَقَدْ الْتَزَمَ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ مُدَّةَ إقَامَتِهِ فيها فَصَارَ كَالذِّمِّيِّ وَلِهَذَا يُقَامُ عليه حَدُّ الْقَذْفِ كما يُقَامُ على الذِّمِّيِّ
وَلَهُمَا أَنَّهُ لم يَدْخُلْ دَارَ الْإِسْلَامِ على سَبِيلِ الْإِقَامَةِ وَالتَّوَطُّنِ بَلْ على سَبِيلِ الْعَارِيَّةِ لِيُعَامِلَنَا وَنُعَامِلَهُ ثُمَّ يَعُودَ فلم يَكُنْ دُخُولُهُ دَارَ الْإِسْلَامِ دَلَالَةَ الْتِزَامِهِ حَقَّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى خَالِصًا بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّهُ لَمَّا طَلَبَ الْأَمَانَ من الْمُسْلِمِينَ فَقَدْ

الْتَزَمَ أَمَانَهُمْ عن الْإِيذَاءِ بِنَفْسِهِ وَظَهَرَ حُكْمُ الْإِسْلَامِ في حَقِّهِ ثُمَّ يُحَدُّ الْمُسْلِمَةُ وَالذِّمِّيَّةُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُحَدُّ وَيُحَدُّ الذِّمِّيُّ بِلَا خِلَافٍ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَصْلَ فِعْلُ الرَّجُلِ وَفِعْلُهَا يَقَعُ تَبَعًا فلما لم يَجِبْ على الْأَصْلِ لَا يَجِبْ على التَّبَعِ كَالْمُطَاوَعَةِ لِلصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ فِعْلَ الْحَرْبِيِّ حَرَامٌ مَحْضٌ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُؤَاخَذُ فَكَانَ زِنًا فَكَانَتْ هِيَ مَزْنِيًّا بها إلَّا أَنَّ الْحَدَّ لم يَجِبْ على الرَّجُلِ لِعَدَمِ الْتِزَامِهِ أَحْكَامَنَا
وَهَذَا أَمْرٌ يَخُصُّهُ
وَيُحَدُّ الذِّمِّيُّ لِأَنَّهُ بِالذِّمَّةِ وَالْعَهْدِ الْتَزَمَ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ مُطْلَقًا إلَّا في قَدْرِ ما

وَقَعَ الِاسْتِثْنَاءُ فيه ولم يُوجَدْ هَهُنَا
وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْحَائِضِ وَالنُّفَسَاءِ وَالصَّائِمَةِ وَالْمُحْرِمَةِ وَالْمَجْنُونَةِ وَالْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ وَالَّتِي ظَاهَرَ منها أو آلَى منها لَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَإِنْ كان حَرَامًا لِقِيَامِ الْمِلْكِ وَالنِّكَاحِ فلم يَكُنْ زِنًا
وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ وَالْمُكَاتَبَةِ وَالْمُحْرِمَةِ بِرَضَاعٍ أو صِهْرِيَّةٍ أو جَمْعٍ لِقِيَامِ الْمِلْكِ وَإِنْ كان حَرَامًا وَعُلِمَ بِالْحُرْمَةِ وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْأَبِ جَارِيَةَ الِابْنِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ وَإِنْ عُلِمَ بِالْحُرْمَةِ لِأَنَّ له في مَالِ ابْنِهِ شُبْهَةَ الْمِلْكِ وهو الْمِلْكُ من وَجْهٍ أو حَقُّ الْمِلْكِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أنت وَمَالُكَ لابيك فَظَاهِرُ إضَافَةِ مَالِ الِابْنِ إلَى الْأَبِ بِحَرْفِ اللَّامِ يَقْتَضِي حَقِيقَةَ الْمِلْكِ فَلَئِنْ تَقَاعَدَ عن إفَادَةِ الْحَقِيقَةِ فَلَا يَتَقَاعَدُ على إيرَاثِ الشُّبْهَةِ أو حَقِّ الْمِلْكِ
وَكَذَلِكَ وَطْءُ جَارِيَةِ الْمُكَاتَبِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ عِنْدَنَا عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ فَكَانَ مَمْلُوكُ الْمَوْلَى رَقَبَةً
وَمِلْكُ الرَّقَبَةِ يَقْتَضِي مِلْكَ الْكَسْبِ فَإِنْ لم يَثْبُتْ مُقْتَضَاهُ حَقِيقَةً فَلَا أَقَلَّ من الشُّبْهَةِ
وَكَذَلِكَ وَطْءُ جَارِيَةِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ سَوَاءٌ كان عليه دَيْنٌ أو لم يَكُنْ
أَمَّا إذَا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهَا مِلْكُ الْمَوْلَى
وَكَذَلِكَ إنْ كان عليه دَيْنٌ لِأَنَّ رَقَبَةَ الْمَأْذُونِ مِلْكُ الْمَوْلَى وَمِلْكُ الرَّقَبَةِ يَقْتَضِي مِلْكَ الْكَسْبِ كما في جَارِيَةِ الْمُكَاتَبِ بل (((وبل))) أَوْلَى
لِأَنَّ كَسْبَ الْمَأْذُونِ أَقْرَبُ إلَى الْمَوْلَى من كَسْبِ الْمُكَاتَبِ
فلما لم يَجِبْ الْحَدُّ هُنَاكَ فَهَهُنَا أَوْلَى
وَلِأَنَّ هذا الْمِلْكَ مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ
لِأَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فيه وَاخْتِلَافُهُمْ يُورِثُ شُبْهَةً فَأَشْبَهَ وطأ حَصَلَ في نِكَاحٍ وهو مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ وَذَا لَا يُوجِبُ الْحَدَّ
كَذَا هذا
وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْجَدِّ أَبِ الْأَبِ وَإِنْ عَلَا عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ بِمَنْزِلَةِ وَطْءِ الْأَبِ لِأَنَّ له وِلَادًا فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الْأَبِ
وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ من الْغَانِمِينَ إذَا وطىء جَارِيَةً من الْمَغْنَمِ قبل الْقِسْمَةِ بَعْدَ الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ أو قَبْلَهُ لَا حَدَّ عليه وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ وَطْأَهَا عليه حَرَامٌ لِثُبُوتِ الْحَقِّ له بِالِاسْتِيلَاءِ لِانْعِقَادِ سَبَبِ الثُّبُوتِ فَإِنْ لم يَثْبُتْ فَلَا أَقَلَّ من ثُبُوتِ الْحَقِّ فَيُورِثُ شُبْهَةً
وَلَوْ جَاءَتْ هذه الْجَارِيَةُ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه لِأَنَّ ثُبُوتَ النَّسَبِ يَعْتَمِدُ الْمِلْكَ في الْمَحِلِّ إمَّا من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ ولم يُوجَدْ قبل الْقِسْمَةِ بَلْ الْمَوْجُودُ حَقٌّ عَامٌّ وَأَنَّهُ يَكْفِي لِسُقُوطِ الْحَدِّ وَلَا يَكْفِي لِثُبُوتِ النَّسَبِ
وَكَذَلِكَ وَطْءُ امْرَأَةٍ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أو بِغَيْرِ وَلِيٍّ عِنْدَ من لَا يُجِيزُهُ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ لِأَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا منهم من قال يَجُوزُ النِّكَاحُ بِدُونِ الشَّهَادَةِ وَالْوِلَايَةِ فَاخْتِلَافُهُمْ يُورِثُ شُبْهَةً
وَكَذَلِكَ إذَا تَزَوَّجَ الْغَيْرِ أو مَجُوسِيَّةً أو مُدَبَّرَةً أو أَمَةً على حُرَّةٍ أو أَمَةً بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهَا أو الْعَبْدُ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ إذْنِ مولاها (((مولاه))) فَوَطِئَهَا لَا حَدَّ عليه لِوُجُودِ لَفْظِ النِّكَاحِ من الْأَهْلِ في الْمَحِلِّ وَأَنَّهُ يُوجِبُ شُبْهَةً
وَكَذَلِكَ إذَا نَكَحَ مَحَارِمَهُ أو الْخَامِسَةَ أو أُخْتَ امْرَأَتِهِ فَوَطِئَهَا لَا حَدَّ عليه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَإِنْ عَلِمَ بِالْحُرْمَةِ وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ
وَعِنْدَهُمَا وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى عليه الْحَدُّ
وَالْأَصْلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ النِّكَاحَ إذَا وُجِدَ من الْأَهْلِ مُضَافًا إلَى

مَحِلٍّ قَابِلٍ لِمَقَاصِدِ النِّكَاحِ يَمْنَعُ وُجُوبَ الْحَدِّ سَوَاءٌ كان حَلَالًا أو حَرَامًا وَسَوَاءٌ كان التَّحْرِيمُ مُخْتَلَفًا فيه أو مُجْمَعًا عليه وَسَوَاءٌ ظَنَّ الْحِلَّ فَادَّعَى الِاشْتِبَاهَ أو عَلِمَ بِالْحُرْمَةِ

وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ النِّكَاحَ إذَا كان مُحَرَّمًا على التَّأْبِيدِ أو كان تَحْرِيمُهُ مُجْمَعًا عليه يَجِبُ الْحَدُّ وَإِنْ لم يَكُنْ مُحَرَّمًا على التَّأْبِيدِ أو كان تَحْرِيمُهُ مُخْتَلَفًا فيه لَا يَجِبُ عليه

وَجْهُ قَوْلِهِمْ أَنَّ هذا نِكَاحٌ أُضِيفَ إلَى غَيْرِ مَحِلِّهِ فَيَلْغُو وَدَلِيلُ عَدَمِ الْمَحَلِّيَّةِ أَنَّ مَحِلَّ النِّكَاحِ هِيَ الْمَرْأَةُ الْمُحَلَّلَةُ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ } وَالْمَحَارِمُ مُحَرَّمَاتٌ على التَّأْبِيدِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى { حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ } الْآيَةَ إلَّا أَنَّهُ إذَا ادَّعَى الِاشْتِبَاهَ وقال ظَنَنْتُ أنها تَحِلُّ لي سَقَطَ الْحَدُّ لِأَنَّهُ ظَنَّ أَنَّ صِيغَةَ لَفْظِ النِّكَاحِ من الْأَهْلِ في الْمَحِلِّ دَلِيلُ الْحِلِّ فَاعْتُبِرَ هذا الظَّنُّ في حَقِّهِ وَإِنْ لم يَكُنْ مُعْتَبَرًا حَقِيقَةً إسْقَاطًا لِمَا يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ وإذا لم يَدَّعِ خَلَا الْوَطْءَ عن الشُّبْهَةِ فَيَجِبُ الْحَدُّ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ لَفْظَ النِّكَاحِ صَدَرَ من أَهْلِهِ مُضَافًا إلَى مَحِلِّهِ فَيَمْنَعُ وُجُوبَ الْحَدِّ كَالنِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ وَنِكَاحِ الْمُتْعَةِ وَنَحْوِ ذلك وَلَا شَكَّ في وُجُودِ لَفْظِ النِّكَاحِ وَالْأَهْلِيَّةِ وَالدَّلِيلُ على الْمَحَلِّيَّةِ أَنَّ مَحِلَّ النِّكَاحِ هو الْأُنْثَى من بَنَاتِ سَيِّدِنَا آدَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ النُّصُوصُ وَالْمَعْقُولُ

أَمَّا النُّصُوصُ فَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ { فَانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ من النِّسَاءِ } وَقَوْلُهُ

سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ من أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إلَيْهَا } وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى } جَعَلَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى النِّسَاءَ على الْعُمُومِ وَالْإِطْلَاقِ مَحِلَّ النِّكَاحِ وَالزَّوْجِيَّةِ

وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَلِأَنَّ الْأُنْثَى من بَنَاتِ سَيِّدِنَا آدَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَحِلٌّ صَالِحٌ لِمَقَاصِدِ النِّكَاحِ من السُّكْنَى وَالْوَلَدِ وَالتَّحْصِينِ وَغَيْرِهَا فَكَانَتْ مَحِلًّا لِحُكْمِ النِّكَاحِ لِأَنَّ حُكْمَ التَّصَرُّفِ وَسِيلَةٌ إلَى ما هو الْمَقْصُودُ من التَّصَرُّفِ فَلَوْ لم يَجْعَلْ مَحِلَّ الْمَقْصُودِ مَحِلَّ الْوَسِيلَةِ لم يَثْبُتْ مَعْنَى التَّوَسُّلِ إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ أَخْرَجَهَا من أَنْ تَكُونَ مَحِلًّا لِلنِّكَاحِ شَرْعًا مع قِيَامِ الْمَحَلِّيَّةِ حَقِيقَةً فَقِيَامُ صُورَةِ الْعَقْدِ وَالْمَحَلِّيَّةِ يُورِثُ شُبْهَةً إذْ الشُّبْهَةُ اسْمٌ لِمَا يُشْبِهُ الثَّابِتَ وَلَيْسَ بِثَابِتٍ أو نَقُولُ وُجِدَ رُكْنُ النِّكَاحِ وَالْأَهْلِيَّةِ وَالْمَحَلِّيَّةِ على ما بَيَّنَّا إلَّا أَنَّهُ فَاتَ شَرْطُ الصِّحَّةِ فَكَانَ نِكَاحًا فَاسِدًا وَالْوَطْءُ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ لَا يَكُونُ زِنًا بِالْإِجْمَاعِ وَعَلَى هذا يَنْبَغِي أَنْ يُعَلَّلَ فَيُقَالُ هذا الْوَطْءُ ليس بِزِنًا فَلَا يُوجِبُ حَدَّ الزِّنَا قِيَاسًا على النِّكَاحِ بِغَيْرِ شُهُودٍ وَسَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ

وَلَوْ وطىء جَارِيَةَ الْأَبِ أو الْأُمِّ فَإِنْ ادَّعَى الِاشْتِبَاهَ بِأَنْ قال ظَنَنْتُ أنها تَحِلُّ لي لم يَجِبْ الْحَدُّ وَإِنْ لم يَدَّعِ يَجِبُ وهو تَفْسِيرُ شُبْهَةِ الِاشْتِبَاهِ وَأَنَّهَا تُعْتَبَرُ في سَبْعَةِ مَوَاضِعَ في جَارِيَةِ الْأَبِ وَجَارِيَةِ الْأُمِّ وَجَارِيَةِ الْمَنْكُوحَةِ وَجَارِيَةِ الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا ما دَامَتْ في الْعِدَّةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ ما دَامَتْ تَعْتَدُّ منه وَالْعَبْدُ إذَا وطىء جَارِيَةَ مَوْلَاهُ وَالْجَارِيَةِ الْمَرْهُونَةِ إذَا وَطِئَهَا الْمُرْتَهِنُ في رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ وفي رِوَايَةِ كِتَابِ الْحُدُودِ يَجِبُ الْحَدُّ وَلَا يُعْتَبَرُ ظَنُّهُ

أَمَّا إذَا وطىء جَارِيَةَ أبيه أو أُمِّهِ أو زَوْجَتِهِ فَلِأَنَّ الرَّجُلَ يَنْبَسِطُ في مَالِ أَبَوَيْهِ

وَزَوْجَتِهِ وَيَنْتَفِعُ بِهِ من غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَحِشْمَةٍ عَادَةً
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسْتَخْدِمُ جَارِيَةَ أَبَوَيْهِ وَمَنْكُوحَتِهِ من غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ فَظَنَّ أَنَّ هذا النَّوْعَ من الِانْتِفَاعِ مُطْلَقٌ له شَرْعًا أَيْضًا
وَهَذَا وَإِنْ لم يَصْلُحْ دَلِيلًا على الْحَقِيقَةِ لَكِنَّهُ لَمَّا ظَنَّهُ دَلِيلًا اُعْتُبِرَ في حَقِّهِ لِإِسْقَاطِ ما يندرىء (((يندرئ))) بِالشُّبُهَاتِ وإذا لم يَدَّعِ ذلك فَقَدْ عري الْوَطْءَ عن الشُّبْهَةِ فَتَمَحَّضَ حَرَامًا فَيَجِبُ الْحَدُّ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ سَوَاءٌ ادَّعَى الاشتباه (((بالاشتباه))) أو لَا لِأَنَّ ثَبَاتَ النَّسَبِ يَعْتَمِدُ قِيَامَ مَعْنًى في الْمَحِلِّ وهو الْمِلْكُ من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ ولم يُوجَدْ
وَلَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الظَّنَّ ولم يَدَّعِ الْآخَرُ لَا حَدَّ عَلَيْهِمَا ما لم يقر (((يقرا))) جميعا أَنَّهُمَا قد عَلِمَا بِالْحُرْمَةِ لِأَنَّ الْوَطْءَ يَقُومُ بِهِمَا جميعا فإذا تَمَكَّنَتْ فيه الشُّبْهَةُ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ فَقَدْ تَمَكَّنَتْ من الْجَانِبِ الْآخَرِ ضَرُورَةً
وَأَمَّا من سِوَى الْأَبِ وَالْأُمِّ من سَائِرِ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ كَالْأَخِ وَالْأُخْتِ وَنَحْوِهِمَا إذَا وطىء جَارِيَتَهُ يَجِبُ الْحَدُّ
وَإِنْ قال ظَنَنْتُ أنها تَحِلُّ لي لِأَنَّ هذا دَعْوَى الِاشْتِبَاهِ في غَيْرِ مَوْضِعِ الِاشْتِبَاهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَنْبَسِطُ بِالِانْتِفَاعِ بِمَالِ أَخِيهِ وَأُخْتِهِ عَادَةً فلم يَكُنْ هذا ظَنًّا مُسْتَنِدًا إلَى دَلِيلٍ فَلَا يُعْتَبَرُ
وَكَذَلِكَ إذَا وطىء جَارِيَةً ذَاتَ رَحِمٍ مَحْرَمٍ من امْرَأَتِهِ لِمَا قُلْنَا
أَمَّا إذَا وطىء الْمُطَلَّقَةَ ثَلَاثًا في الْعِدَّةِ فَلِأَنَّ النِّكَاحَ قد زَالَ في حَقِّ الْحِلِّ أَصْلًا لِوُجُودِ الْمُبْطِلِ لِحِلِّ الْمَحَلِّيَّةِ وهو الطَّلَقَاتُ الثَّلَاثُ وَإِنَّمَا بَقِيَ في حَقِّ الْفِرَاشِ وَالْحُرْمَةِ على الْأَزْوَاجِ فَقَطْ فَتَمَحَّضَ الْوَطْءُ حَرَامًا فَكَانَ زِنًا فَيُوجِبُ الْحَدَّ إلَّا إذَا ادَّعَى الِاشْتِبَاهَ وَظَنَّ الْحِلَّ لِأَنَّهُ بَنَى ظَنَّهُ على نَوْعِ دَلِيلٍ وهو بَقَاءُ النِّكَاحِ في حَقِّ الْفِرَاشِ وَحُرْمَةِ الْأَزْوَاجِ فَظَنَّ أَنَّهُ بَقِيَ في حَقِّ الْحِلِّ أَيْضًا وَهَذَا وَإِنْ لم يَصْلُحْ دَلِيلًا على الْحَقِيقَةِ لَكِنَّهُ لَمَّا ظَنَّهُ دَلِيلًا اُعْتُبِرَ في حَقِّهِ درءا (((درأ))) لِمَا يندرىء (((يندرئ))) بِالشُّبُهَاتِ وَإِنْ كان طَلَاقُهَا وَاحِدَةً بَائِنَةً لم يَجِبْ الْحَدُّ وَإِنْ قال عَلِمْتَ أنها عَلَيَّ حَرَامٌ لِأَنَّ زَوَالَ الْمِلْكِ بِالْإِبَانَةِ وَسَائِرِ الْكِنَايَاتِ مُجْتَهَدٌ فيه لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فإن مِثْلَ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه يقول في الْكِنَايَاتِ إنَّهَا رَوَاجِعُ وَطَلَاقُ الرجعى لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ فَاخْتِلَافُهُمْ يُورِثُ شُبْهَةً
وَلَوْ خَالَعَهَا أو طَلَّقَهَا على مَالٍ فَوَطِئَهَا في الْعِدَّةِ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ فيه كَالْحُكْمِ في الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ زَوَالَ الْمِلْكِ بِالْخُلْعِ وَالطَّلَاقِ على مَالٍ مُجْمَعٌ عليه فلم تَتَحَقَّقْ الشُّبْهَةُ فَيَجِبُ الْحَدُّ إلَّا إذَا ادَّعَى الِاشْتِبَاهَ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمُطَلَّقَةِ الثَّلَاثِ
وَكَذَلِكَ إذَا وطىء أُمَّ وَلَدِهِ وَهِيَ تَعْتَدُّ منه بِأَنْ أَعْتَقَهَا لِأَنَّ زَوَالَ الْمِلْكِ بِالْإِعْتَاقِ مُجْمَعٌ عليه فلم تَثْبُتْ الشُّبْهَةُ
وَأَمَّا الْعَبْدُ إذَا وطىء جَارِيَةَ مَوْلَاهُ فإن الْعَبْدَ يَنْبَسِطُ في مَالِ مَوْلَاهُ عَادَةً بِالِانْتِفَاعِ فَكَانَ وَطْؤُهُ مُسْتَنِدًا إلَى ما هو دَلِيلٌ في حَقِّهِ فَاعْتُبِرَ في حَقِّهِ لِإِسْقَاطِ الْحَدِّ وإذا لم يَدَّعِ يُحَدُّ لِعَرَاءِ الْوَطْءِ عن

الشُّبْهَةِ
وَأَمَّا الْمُرْتَهِنُ إذَا وطىء الْجَارِيَةَ الْمَرْهُونَةَ فَوَجْهُ رِوَايَةِ كِتَابِ الرَّهْنِ أَنَّ يَدَ الْمُرْتَهِنِ يَدُ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ فَصَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا الدَّيْنَ من الْجَارِيَةِ يَدًا فَقَدْ وطىء جَارِيَةً هِيَ مَمْلُوكَةٌ له يَدًا فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ كَالْجَارِيَةِ الْمَبِيعَةِ إذَا وَطِئَهَا الْبَائِعُ قبل التَّسْلِيمِ إلَّا إذَا ادَّعَى الِاشْتِبَاهَ وقال ظَنَنْتُ أنها تَحِلُّ لي لِأَنَّهُ اسْتَنَدَ ظَنُّهُ إلَى نَوْعِ دَلِيلٍ وهو مِلْكُ الْيَدِ فَيُعْتَبَرُ في حَقِّهِ درءا (((درأ))) لِلْحَدِّ وإذا لم يَدَّعِ فَلَا شُبْهَةَ فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ
وَجْهُ رِوَايَةِ كِتَابِ الْحُدُودِ أَنَّ الِاسْتِيفَاءَ في بَابِ الرَّهْنِ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ من مَالِيَّةِ الرَّهْنِ لَا من عَيْنِهِ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا في الْجِنْسِ وَلَا مُجَانَسَةَ بين التَّوْثِيقِ وَبَيْنَ عَيْنِ الْجَارِيَةِ فَلَا يُتَصَوَّرُ الِاسْتِيفَاءُ من عَيْنِهَا فَلَا يُعْتَبَرُ ظَنُّهُ
وَلَوْ وطىء الْبَائِعُ الْجَارِيَةَ الْمَبِيعَةَ قبل التَّسْلِيمِ لَا حَدَّ عليه
وَكَذَلِكَ الزَّوْجُ إذَا وطىء الْجَارِيَةَ التي تَزَوَّجَ عليها قبل التَّسْلِيمِ
لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ وَإِنْ زَالَ بِالْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ فَمِلْكُ الْيَدِ قَائِمٌ فَيُورِثُ شُبْهَةً
وَلَوْ وطىء الْمُسْتَأْجِرُ جَارِيَةَ الْإِجَارَةِ وَالْمُسْتَعِيرُ جَارِيَةَ الْإِعَارَةِ وَالْمُسْتَوْدِعُ جَارِيَةَ الْوَدِيعَةِ يُحَدُّ وَإِنْ قال ظَنَنْتُ أنها تَحِلُّ لي لِأَنَّ هذا ظَنٌّ عُرِّيَ عن دَلِيلٍ فَكَانَ في غَيْرِ مَوْضِعِهِ فَلَا يُعْتَبَرُ
وَلَوْ زُفَّتْ إلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وَقُلْنَ النِّسَاءُ إنَّ هذه امْرَأَتُكَ فَوَطِئَهَا لَا حَدَّ عليه منهم من قال إنَّمَا لم يَجِبْ الْحَدُّ لِشُبْهَةِ الِاشْتِبَاهِ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٌ فَإِنَّهَا إذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ
وَلَوْ كان امْتِنَاعُ الْوُجُوبِ لِشُبْهَةِ الِاشْتِبَاهِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَثْبُتَ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ في شُبْهَةِ الِاشْتِبَاهِ كما فِيمَا ذَكَرْنَا من الْمَسَائِلِ وَهَهُنَا يَثْبُتُ النَّسَبُ دَلَّ أَنَّ الِامْتِنَاعَ ليس لِشُبْهَةِ الِاشْتِبَاهِ بَلْ لِمَعْنًى آخَرَ وهو أن وطأها (((وطئها))) بِنَاءً على دَلِيلٍ ظَاهِرٍ يَجُوزُ بِنَاءُ الْوَطْءِ عليه وهو الْإِخْبَارُ بِأَنَّهَا امْرَأَتُهُ بَلْ لَا دَلِيلَ هَهُنَا سِوَاهُ فَلَئِنْ تَبَيَّنَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ فَقِيَامُ الدَّلِيلِ الْمُبِيحِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ يُورِثُ شُبْهَةً
وَلَوْ وطىء أَجْنَبِيَّةً وقال ظَنَنْتُ أنها امْرَأَتِي أو جَارِيَتِي أو شَبَّهْتُهَا بِامْرَأَتِي أو جَارِيَتِي يَجِبُ الْحَدُّ لِأَنَّ هذا الظَّنَّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ لِعَدَمِ اسْتِنَادِهِ إلَى دَلِيلٍ فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ فَلَا يَحِلُّ الْوَطْءُ بِنَاءً على هذا الظَّنِّ ما لم يَعْرِفْ أنها امْرَأَتُهُ بِدَلِيلٍ إمَّا بِكَلَامِهَا أو بِإِخْبَارِ مُخْبِرٍ ولم يُوجَدْ مع ما أَنَّا لو اعْتَبَرْنَا هذا الظَّنَّ في إسْقَاطِ الْحَدِّ لم يَقُمْ حَدُّ الزِّنَا في مَوْضِعٍ ما إذْ الزَّانِي لَا يَعْجِزُ عن هذا الْقَدْرِ فَيُؤَدِّي إلَى سَدِّ بَابِ الْحَدِّ
وَهَكَذَا رُوِيَ عن إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال لو قِيلَ هذا لَمَا أُقِيمَ الْحَدُّ على أَحَدٍ وَكَذَلِكَ لو كان الرَّجُلُ أَعْمَى فَوَجَدَ امْرَأَةً في بَيْتِهِ فَوَقَعَ عليها وقال ظَنَنْتهَا امْرَأَتِي عليه الْحَدُّ لِأَنَّ هذا ظَنٌّ لم يَسْتَنِدْ إلَى دَلِيلٍ إذْ قد يَكُونُ في الْبَيْتِ من لَا يَجُوزُ وَطْؤُهَا من الْمَحَارِمِ وَالْأَجْنَبِيَّاتِ فَلَا يَحِلُّ الْوَطْءُ بِنَاءً على هذا الظَّنِّ فلم تَثْبُتْ الشُّبْهَةُ
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ أَعْمَى دعى (((دعا))) امْرَأَتَهُ فقال يا فُلَانَةُ فَأَجَابَتْ غَيْرُهَا فَوَقَعَ عليها أَنَّهُ يُحَدُّ وَلَوْ أَجَابَتْهُ غَيْرُهَا وَقَالَتْ أنا فُلَانَةُ فَوَقَعَ عليها لم يُحَدَّ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَهِيَ كَالْمَرْأَةِ الْمَزْفُوفَةِ إلَى غَيْرِ زَوْجِهَا لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ له وَطْؤُهَا بِنَفْسِ الْإِجَابَةِ ما لم تَقُلْ أنا فُلَانَةُ لِأَنَّ الْإِجَابَةَ قد تَكُونُ من التي نَادَاهَا وقد تَكُونُ من غَيْرِهَا فَلَا يَجُوزُ بِنَاءُ الْوَطْءِ على نَفْسِ الْإِجَابَةِ فإذا فَعَلَ لم يُعَذَّرْ بِخِلَافِ ما إذَا قالت أنا فُلَانَةُ فَوَطِئَهَا لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لِلْأَعْمَى إلَى أَنْ يَعْرِفَ أنها امْرَأَتُهُ إلَّا بِذَلِكَ الطَّرِيقِ فَكَانَ مَعْذُورًا فَأَشْبَهَ الْمَرْأَةَ الْمَزْفُوفَةَ حتى لو كان الرَّجُلُ بَصِيرًا لَا يُصَدَّقُ على ذلك لِإِمْكَانِ الْوُصُولِ إلَى أنها امْرَأَتُهُ

بِالرُّؤْيَةِ
وَرُوِيَ عن زُفَرَ في رَجُلٍ أَعْمَى وَجَدَ على فِرَاشِهِ أو مَجْلِسِهِ امْرَأَةً نَائِمَةً فَوَقَعَ عليها وقال ظَنَنْتُ أنها امْرَأَتِي يُدْرَأُ عنه الْحَدُّ وَعَلَيْهِ الْعُقْرُ
وقال أبو يُوسُفَ لَا يُدْرَأُ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّهُ ظَنَّ في مَوْضِعِ الظَّنِّ إذْ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَنَامُ على فِرَاشِهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَكَانَ ظَنُّهُ مُسْتَنِدًا إلَى دَلِيلٍ ظَاهِرٍ فَيُوجِبُ دَرْأَ الْحَدِّ كما لو زُفَّتْ إلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَوَطِئَهَا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ النَّوْمَ على الْفِرَاشِ لَا يَدُلُّ على أنها امْرَأَتُهُ لِجَوَازِ أَنْ يَنَامَ على فِرَاشِهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَلَا يَجُوزُ اسْتِحْلَالُ الْوَطْءِ بهذا الْقَدْرِ فإذا اسْتَحَلَّ وَظَهَرَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ لم يَكُنْ مَعْذُورًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْإِحْصَانُ فَالْإِحْصَانُ نَوْعَانِ إحْصَانُ الرَّجْمِ وَإِحْصَانُ الْقَذْفِ
أَمَّا إحْصَانُ الرَّجْمِ فَهُوَ عِبَارَةٌ في الشَّرْعِ عن اجْتِمَاعِ صِفَاتٍ اعْتَبَرَهَا الشَّرْعُ لِوُجُوبِ الرَّجْمِ وَهِيَ سَبْعَةٌ الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ وَكَوْنُ الزَّوْجَيْنِ جميعا على هذه الصِّفَاتِ وهو أَنْ يَكُونَا جميعا عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ حُرَّيْنِ مُسْلِمَيْنِ فَوُجُودُ هذه الصِّفَاتِ جميعا فِيهِمَا شَرْطٌ لِكَوْنِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحْصَنًا وَالدُّخُولُ في النِّكَاحِ الصَّحِيحِ بَعْدَ سَائِرِ الشَّرَائِطِ مُتَأَخِّرًا عنها فَإِنْ تَقَدَّمَهَا لم يُعْتَبَرْ ما لم يُوجَدْ دُخُولٌ آخَرُ بَعْدَهَا فَلَا إحْصَانَ الصبي (((للصبي))) وَالْمَجْنُونِ وَالْعَبْدِ وَالْكَافِرِ وَلَا بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ

وَلَا بِنَفْسِ النِّكَاحِ ما لم يُوجَدْ الدُّخُولُ وما لم يَكُنْ الزَّوْجَانِ جميعا وَقْتَ الدُّخُولِ على صِفَةِ الْإِحْصَانِ حتى إنِ الزَّوْجَ الْعَاقِلَ الْبَالِغَ الْحُرَّ الْمُسْلِمَ إذَا دخل بِزَوْجَتِهِ وَهِيَ صَبِيَّةٌ أو مَجْنُونَةٌ أو أَمَةٌ أو كِتَابِيَّةٌ ثُمَّ أَدْرَكَتْ الصَّبِيَّةُ وَأَفَاقَتْ الْمَجْنُونَةُ وَأُعْتِقَتْ الْأَمَةُ وَأَسْلَمَتْ الْكَافِرَةُ لَا يَصِيرُ مُحْصَنًا ما لم يُوجَدْ دُخُولٌ آخَرُ بَعْدَ زَوَالِ هذه الْعَوَارِضِ حتى لو زَنَى قبل دُخُولٍ آخَرَ لَا يُرْجَمُ فإذا وُجِدَتْ هذه الصِّفَاتُ صَارَ الشَّخْصُ مُحْصَنًا لِأَنَّ الْإِحْصَانَ في اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عن الدُّخُولِ في الْحِصْنِ
يُقَالُ أَحْصَنَ أَيْ دخل الْحِصْنَ كما يُقَالُ أَعْرَقَ أَيْ دخل الْعِرَاقَ وَأَشْأَمَ أَيْ دخل الشَّامَ وَأَحْصَنَ أَيْ دخل في الْحِصْنِ وَمَعْنَاهُ دخل حِصْنًا عن الزِّنَا إذَا دخل فيه وَإِنَّمَا يَصِيرُ الْإِنْسَانُ دَاخِلًا في الْحِصْنِ عن الزِّنَا عِنْدَ تَوَفُّرِ الْمَوَانِعِ وَكُلُّ وَاحِدٍ من هذه الْجُمْلَةِ مَانِعٌ عن الزِّنَا فَعِنْدَ اجْتِمَاعِهَا تَتَوَفَّرُ الْمَوَانِعُ
أَمَّا الْعَقْلُ فَلِأَنَّ لِلزِّنَا عَاقِبَةً ذَمِيمَةً وَالْعَقْلُ يَمْنَعُ عن ارْتِكَابِ ماله عَاقِبَةٌ ذَمِيمَةٌ

وَأَمَّا الْبُلُوغُ فإن الصَّبِيَّ لِنُقْصَانِ عَقْلِهِ وَلِقِلَّةِ تَأَمُّلِهِ لِاشْتِغَالِهِ بِاللَّهْوِ وَاللَّعِبِ لَا يَقِفُ على عَوَاقِبِ الْأُمُورِ فَلَا يَعْرِفُ الْحَمِيدَةَ منها وَالذَّمِيمَةَ
وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَلِأَنَّ الْحُرَّ يَسْتَنْكِفُ عن الزِّنَا وَكَذَا الْحُرَّةُ وَلِهَذَا لَمَّا قَرَأَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم آيَةَ الْمُبَايَعَةِ على النِّسَاءِ وَبَلَغَ إلَى قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى { وَلَا يَزْنِينَ } قالت هِنْدُ امْرَأَةُ أبي سُفْيَانَ أو تزني الْحُرَّةُ يا رَسُولَ اللَّهِ
وَأَمَّا الْإِسْلَامُ فَلِأَنَّهُ نِعْمَةٌ كَامِلَةٌ مُوجِبَةٌ لِلشُّكْرِ فَيَمْنَعُ من الزِّنَا الذي هو وَضْعُ الْكُفْرِ في مَوْضِعِ الشُّكْرِ

وَأَمَّا اعْتِبَارُ اجْتِمَاعِ هذه الصِّفَاتِ في الزَّوْجَيْنِ جميعا فَلِأَنَّ اجْتِمَاعَهَا فِيهِمَا يُشْعِرُ بِكَمَالِ حَالِهِمَا وَذَا يُشْعِرُ بِكَمَالِ اقْتِضَاءِ الشَّهْوَةِ من الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّ اقْتِضَاءَ الشَّهْوَةِ بِالصَّبِيَّةِ وَالْمَجْنُونَةِ قَاصِرٌ وَكَذَا بِالرَّقِيقِ لِكَوْنِ الرِّقِّ من نَتَائِجِ الْكُفْرِ فَيَنْفِرُ عنه الطَّبْعُ وَكَذَا بِالْكَافِرَةِ لِأَنَّ طَبْعَ الْمُسْلِمِ يَنْفِرُ عن الِاسْتِمْتَاعِ بِالْكَافِرَةِ وَلِهَذَا قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحُذَيْفَةَ رضي اللَّهُ عنه حين أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً دَعْهَا فَإِنَّهَا لَا تُحْصِنُكَ

وَأَمَّا الدُّخُولُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ فَلِأَنَّهُ اقْتِضَاءُ الشَّهْوَةِ بِطَرِيقٍ حَلَالٍ فَيَقَعُ بِهِ الِاسْتِغْنَاءُ عن الْحَرَامِ وَالنِّكَاحُ الْفَاسِدُ لَا يُفِيدُ فَلَا يَقَعُ بِهِ الِاسْتِغْنَاءُ

وَأَمَّا كَوْنُ الدُّخُولِ آخِرَ الشَّرَائِطِ فَلِأَنَّ الدُّخُولَ قبل اسْتِيفَاءِ سَائِرِ الشَّرَائِطِ لَا يَقَعُ اقْتِضَاءَ الشَّهْوَةِ على سَبِيلِ الْكَمَالِ فَلَا تَقَعُ الْغُنْيَةُ بِهِ عن الْحَرَامِ على التَّمَامِ وَبَعْدَ اسْتِيفَائِهَا تَقَعُ بِهِ الْغُنْيَةُ على الْكَمَالِ وَالتَّمَامِ فَثَبَتَ أَنَّ هذه الْجُمْلَةَ مَوَانِعُ عن الزِّنَا فَيَحْصُلُ بها مَعْنَى الْإِحْصَانِ وهو الدُّخُولُ في الْحِصْنِ عن الزِّنَا

وَلَا خِلَافَ في هذه الْجُمْلَةِ إلَّا في الْإِسْلَامِ فإنه رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ ليس من شَرَائِطِ الْإِحْصَانِ حتى لَا يَصِيرَ الْمُسْلِمُ مُحْصَنًا بِنِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ وَالدُّخُولِ بها في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَكَذَلِكَ الذِّمِّيُّ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ الْحُرُّ الثَّيِّبُ إذَا زنا لَا يُرْجَمُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ بَلْ يُجْلَدُ

وَعَلَى ما رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ يَصِيرُ الْمُسْلِمُ مُحْصَنًا بِنِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ وَيُرْجَمُ الذِّمِّيُّ بِهِ

وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَاحْتَجَّا بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ

وَلَوْ كان الْإِسْلَامُ شَرْطًا لَمَا رَجَمَ وَلِأَنَّ اشْتِرَاطَ الْإِسْلَامِ لِلزَّجْرِ عن الزِّنَا وَالدِّينُ الْمُطْلَقُ يَصْلُحُ لِلزَّجْرِ عن الزِّنَا لِأَنَّ الزِّنَا حَرَامٌ في الْأَدْيَانِ كُلِّهَا

وَلَنَا في زِنَا الذِّمِّيِّ قَوْله تَعَالَى { الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ } أَوْجَبَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْجَلْدَ على كل زَانٍ وَزَانِيَةٍ أو على مُطْلَقِ الزَّانِي وَالزَّانِيَةِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْمُؤْمِنِ وَالْكَافِرِ وَمَتَى وَجَبَ الْجَلْدُ انْتَفَى وُجُوبُ الرَّجْمِ ضَرُورَةً وَلِأَنَّ زِنَا الْكَافِرِ لَا يُسَاوِي زِنَا الْمُسْلِمِ في كَوْنِهِ جِنَايَةً فَلَا يُسَاوِيهِ في اسْتِدْعَاءِ الْعُقُوبَةِ كَزِنَا الْبِكْرِ مع زِنَا الثَّيِّبِ

وَبَيَانُ ذلك أَنَّ زِنَا الْمُسْلِمِ اُخْتُصَّ بِمَزِيدِ قُبْحٍ انْتَفَى ذلك في زِنَا الْكَافِرِ وهو كَوْنُ زِنَاهُ وَضْعَ الْكُفْرَانِ في مَوْضِعِ الشُّكْرِ لِأَنَّ دِينَ الْإِسْلَامِ نِعْمَةٌ وَدِينَ الْكُفْرِ ليس بِنِعْمَةٍ

وفي زِنَا الْمُسْلِمِ بِالْكِتَابِيَّةِ قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحُذَيْفَةَ رضي اللَّهُ عنه حين أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً دَعْهَا فَإِنَّهَا لَا تُحْصِنُكَ وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من أَشْرَكَ بِاَللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ وَالذِّمِّيُّ مُشْرِكٌ على الْحَقِيقَةِ فلم يَكُنْ مُحْصَنًا وما ذَكَرْنَا أَنَّ في اقْتِضَاءِ الشَّهْوَةِ بِالْكَافِرَةِ قُصُورًا فَلَا يَتَكَامَلُ مَعْنَى النِّعْمَةِ فَلَا يَتَكَامَلُ الزَّاجِرُ

وَقَوْلُهُ الزَّجْرُ يَحْصُلُ بِأَصْلِ الدِّينِ قُلْنَا نعم لَكِنَّهُ لَا يَتَكَامَلُ إلَّا بِدِينِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ نِعْمَةٌ فَيَكُونُ الزِّنَا من الْمُسْلِمِ وَضْعَ الْكُفْرَانِ في مَوْضِعِ الشُّكْرِ وَدِينُ الْكُفْرِ ليس بِنِعْمَةٍ فَلَا يَكُونُ في كَوْنِهِ زَاجِرًا مِثْلَهُ

وَأَمَّا حَدِيثُ رَجْمِ الْيَهُودِيَّيْنِ فَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كان قبل نُزُولِ آيَةِ الْجَلْدِ فَانْتَسَخَ بها وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ كان بَعْدَ نُزُولِهَا وَنَسْخُ خَبَرِ الْوَاحِدِ أَهْوَنُ من نَسْخِ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَإِحْصَانُ كل وَاحِدٍ من الزَّانِيَيْنِ ليس بِشَرْطٍ

لِوُجُوبِ الرَّجْمِ على أَحَدِهِمَا حتى لو كان أَحَدُهُمَا مُحْصَنًا وَالْآخَرُ غير مُحْصَنٍ فَالْمُحْصَنُ مِنْهُمَا يُرْجَمُ وَغَيْرُ الْمُحْصَنِ يُجْلَدُ ثُمَّ إذَا ظَهَرَ إحْصَانُ الزَّانِي بِالْبَيِّنَةِ أو بِالْإِقْرَارِ يُرْجَمُ بِالنَّصِّ وَالْمَعْقُولِ

أَمَّا النَّصُّ فَالْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَحِلُّ دَمُ امرىء مُسْلِمٍ إلَّا بِإِحْدَى مَعَانٍ ثَلَاثٍ كُفْرٌ بَعْدَ إيمَانٍ وَزِنًا بَعْدَ إحْصَانٍ وَقَتْلُ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ مَاعِزًا وكان مُحْصَنًا

وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فهوأن الْمُحْصَنَ إذَا تَوَفَّرَتْ عليه الْمَوَانِعُ من الزِّنَا فإذا أَقْدَمَ عليه مع تَوَفُّرِ الْمَوَانِعِ صَارَ زِنَاهُ غَايَةً في الْقُبْحِ فَيُجَازَى بِمَا هو غَايَةٌ في الْعُقُوبَاتِ الدُّنْيَوِيَّةِ وهو الرَّجْمُ لِأَنَّ الْجَزَاءَ على قَدْرِ الْجِنَايَةِ

أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى تَوَعَّدَ نِسَاءَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِمُضَاعَفَةِ الْعَذَابِ إذَا أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ لِعِظَمِ جِنَايَتِهِنَّ لِحُصُولِهَا مع تَوَفُّرِ الْمَوَانِعِ فِيهِنَّ لِعِظَمِ نِعَمِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَلَيْهِنَّ لِنَيْلِهِنَّ صُحْبَةَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَمُضَاجَعَتَهُ فَكَانَتْ جِنَايَتُهُنَّ على تَقْدِيرِ الْإِتْيَانِ غَايَةً في الْقُبْحِ فَأُوعِدْنَ بِالْغَايَةِ من الْجَزَاءِ

كَذَا هَهُنَا

وَلَا يُجْمَعُ بين الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال بَعْضُ الناس يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا لِظَاهِرِ قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ

وَلَنَا أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَمَ مَاعِزًا ولم يَجْلِدْهُ وَلَوْ وَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا لَجَمَعَ

وَلِأَنَّ الزِّنَا جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا يُوجِبُ إلَّا عُقُوبَةً وَاحِدَةً

وَالْجَلْدُ وَالرَّجْمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عُقُوبَةٌ على حِدَةٍ فَلَا يَجِبَانِ لِجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ

وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ على الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا في الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ لَكِنْ في حَالَيْنِ فَيَكُونُ عَمَلًا بِالْحَدِيثِ

وإذا فُقِدَ شَرْطٌ من شَرَائِطِ الْإِحْصَانِ لَا يُرْجَمُ بَلْ يُجْلَدُ

لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِنَفْسِ الزِّنَا هو الْجَلْدُ بِآيَةِ الْجَلْدِ

وَلِأَنَّ زِنَا غيرِ الْمُحْصَنِ لَا يَبْلُغُ غَايَةً في الْقُبْحِ فَلَا تَبْلُغُ عُقُوبَتُهُ النِّهَايَةَ فيكتفي بِالْجَلْدِ وَهَلْ يُجْمَعُ بين الْجَلْدِ وَالتَّغْرِيبِ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا لَا يُجْمَعُ إلَّا إذَا رَأَى الْإِمَامُ الْمَصْلَحَةَ في الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فَيَجْمَعُ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا

احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ

وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ جَلَدَ وَغَرَّبَ وَكَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ فَعَلَ كَذَا ولم يُنْكِرْ عَلَيْهِمَا أَحَدٌ من الصَّحَابَةِ فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَلَنَا قَوْلُهُ عز وجل { الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ } وَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ عز وجل أَمَرَ بِجَلْدِ الزَّانِيَةِ وَالزَّانِي ولم يذكر التَّغْرِيبَ فَمَنْ أَوْجَبَهُ فَقَدْ زَادَ على كِتَابِ اللَّهِ عز وجل وَالزِّيَادَةُ عليه نَسْخٌ وَلَا يَجُوزُ نَسْخُ النَّصِّ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ

وَالثَّانِي أَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَعَلَ الْجَلْدَ جَزَاءً وَالْجَزَاءُ اسْمٌ لِمَا تَقَعُ بِهِ الْكِفَايَةُ مَأْخُوذٌ من الِاجْتِزَاءِ وهو الِاكْتِفَاءُ فَلَوْ أَوْجَبْنَا التَّغْرِيبَ لَا تَقَعُ الْكِفَايَةُ بِالْجَلْدِ

وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ ولأن التَّغْرِيبَ تَعْرِيضٌ لِلْمُغَرَّبِ على الزِّنَا لِأَنَّهُ ما دَامَ في بَلَدِهِ يَمْتَنِعُ عن الْعَشَائِرِ وَالْمَعَارِفِ حَيَاءً منهم وَبِالتَّغْرِيبِ يَزُولُ هذا الْمَعْنَى فَيُعَرَّى الدَّاعِي عن الْمَوَانِعِ فَيُقَدَّمُ عليه وَالزِّنَا قَبِيحٌ فما أَفْضَى إلَيْهِ مِثْلُهُ وَفِعْلُ الصَّحَابَةِ مَحْمُولٌ على أَنَّهُمْ رَأَوْا ذلك مَصْلَحَةً على طَرِيقِ التَّعْزِيرِ

أَلَا يُرَى أَنَّهُ رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ نَفَى رَجُلًا فَلَحِقَ بِالرُّومِ فقال لَا أَنْفِي بَعْدَهَا أَبَدًا

وَعَنْ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال كَفَى بِالنَّفْيِ فِتْنَةً فَدَلَّ أَنَّ فِعْلَهُمْ كان على طَرِيقِ التَّعْزِيرِ وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ إنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْفِيَ إنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ في التَّغْرِيبِ وَيَكُونُ النَّفْيُ تَعْزِيرًا لَا حَدًّا

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا إحْصَانُ الْقَذْفِ فَنَذْكُرُهُ في حَدِّ الْقَذْفِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

فَصْلٌ وَأَمَّا حَدُّ الشُّرْبِ فَسَبَبُ وُجُوبِهِ الشُّرْبُ وهو شُرْبُ الْخَمْرِ خَاصَّةً حتى يَجِبَ الْحَدُّ بِشُرْبِ قَلِيلِهَا وَكَثِيرِهَا وَلَا يَتَوَقَّفُ الْوُجُوبُ على حُصُولِ السُّكْرِ منها

وَحَدُّ السُّكْرِ سَبَبُ وُجُوبِهِ السُّكْرُ الْحَاصِلُ بِشُرْبِ ما سِوَى الْخَمْرِ من الْأَشْرِبَةِ الْمَعْهُودَةِ الْمُسْكِرَةِ كَالسُّكَّرِ وَنَقِيعِ الزَّبِيبِ وَالْمَطْبُوخِ أَدْنَى طَبْخَةٍ من عَصِيرِ الْعِنَبِ أو التَّمْرِ وَالْمُثَلَّثِ وَنَحْوِ ذلك

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ وُجُوبِهَا فَمِنْهَا الْعَقْلُ وَمِنْهَا الْبُلُوغُ

فَلَا حَدَّ على الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ

وَمِنْهَا الْإِسْلَامُ

فَلَا حَدَّ على الذِّمِّيِّ وَالْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ بِالشُّرْبِ وَلَا بِالسُّكْرِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَمِنْهَا عَدَمُ الضَّرُورَةِ في شُرْبِ الْخَمْرِ فَلَا حَدَّ على من أُكْرِهَ على شُرْبِ خَمْرٍ وَلَا على من أَصَابَتْهُ مَخْمَصَةٌ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَدَّ عُقُوبَةٌ مَحْضَةٌ فَتَسْتَدْعِي جِنَايَةً مَحْضَةً وَفِعْلُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَا يُوصَفُ بِالْجِنَايَةِ

وَكَذَا الشُّرْبُ لِضَرُورَةِ الْمَخْمَصَةِ وَالْإِكْرَاهُ حَلَالٌ فلم

يَكُنْ جِنَايَةً وَشُرْبُ الْخَمْرِ مُبَاحٌ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ عِنْدَ أَكْثَرِ مَشَايِخِنَا فَلَا يَكُونُ جِنَايَةً وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ وَإِنْ كان حَرَامًا لَكِنَّا نُهِينَا عن التعرض (((التعريض))) لهم وما يَدِينُونَ وفي إقَامَةِ الْحَدِّ عليهم تَعَرُّضٌ لهم من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّهَا تَمْنَعُهُمْ من الشُّرْبِ

وَعَنْ الْحَسَنِ بن زِيَادٍ أَنَّهُمْ إذَا شَرِبُوا وَسَكِرُوا يُحَدُّونَ لِأَجْلِ السُّكْرِ لَا لِأَجْلِ الشُّرْبِ لِأَنَّ السُّكْرَ حَرَامٌ في الْأَدْيَانِ كُلِّهَا

وما قَالَهُ الْحَسَنُ حَسَنٌ

وَمِنْهَا بَقَاءُ اسْمِ الْخَمْرِ لِلْمَشْرُوبِ وَقْتَ الشُّرْبِ في حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّ وُجُوبَ الْحَدِّ بِالشُّرْبِ تَعَلَّقَ بِهِ حتى لو خُلِطَ الْخَمْرُ بِالْمَاءِ ثُمَّ شُرِبَ نُظِرَ فيه إنْ كانت الْغَلَبَةُ لِلْمَاءِ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ اسْمَ الْخَمْرِيَّةِ يَزُولُ عِنْدَ غَلَبَةِ الْمَاءِ وَإِنْ كانت الْغَلَبَةُ لِلْخَمْرِ أو كَانَا سَوَاءً يُحَدُّ

لِأَنَّ اسْمَ الْخَمْرِ بَاقٍ وَهِيَ عَادَةُ بَعْضِ الشَّرَبَةِ أَنَّهُمْ يَشْرَبُونَهَا مَمْزُوجَةً بِالْمَاءِ
وَكَذَلِكَ من شَرِبَ دُرْدِيَّ الْخَمْرِ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ دُرْدِيَّ الْخَمْرِ لَا يُسَمَّى خَمْرًا وَإِنْ كان لَا يَخْلُو عن أَجْزَاءِ الْخَمْرِ
فَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ حتى يَجِبَ الْحَدُّ على الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى
وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَكَذَلِكَ إلَّا أَنَّ حق (((حد))) الرَّقِيقِ يَكُونُ على النِّصْفِ من حَدِّ الْحُرِّ وَلَا حق (((حد))) على من تُوجَدُ منه رَائِحَةُ الْخَمْرِ
لِأَنَّ وُجُودَ رَائِحَةِ الْخَمْرِ لَا يَدُلُّ على شُرْبِ الْخَمْرِ لِجَوَازِ أَنَّهُ تَمَضْمَضَ بها ولم يَشْرَبْهَا أو شَرِبَهَا عن إكْرَاهٍ أو مَخْمَصَةٍ
وَكَذَلِكَ من تَقَيَّأَ خَمْرًا لَا حَدَّ عليه لِمَا قُلْنَا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْأَشْرِبَةُ التي تُتَّخَذُ من الْأَطْعِمَةِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالدُّخْنِ وَالذُّرَةِ وَالْعَسَلِ وَالتِّينِ وَالسُّكَّرِ وَنَحْوِهَا فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ بِشُرْبِهَا لِأَنَّ شُرْبَهَا حَلَالٌ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَإِنْ كان حَرَامًا لَكِنْ هِيَ حُرْمَةُ مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ فلم يَكُنْ شُرْبُهَا جِنَايَةً مَحْضَةً فَلَا تَتَعَلَّقُ بها عُقُوبَةٌ مَحْضَةٌ وَلَا بِالسُّكْرِ منها وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الشُّرْبَ إذَا لم يَكُنْ حَرَامًا أَصْلًا فَلَا عِبْرَةَ بِنَفْسِ السُّكْرِ كَشُرْبِ الْبَنْجِ وَنَحْوِهِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ فَسَبَبُ وُجُوبِهِ الْقَذْفُ بِالزِّنَا لِأَنَّهُ نَسَبَهُ إلَى الزِّنَا وَفِيهَا إلْحَاقُ الْعَارِ بِالْمَقْذُوفِ فَيَجِبُ الْحَدُّ دَفْعًا لِلْعَارِ عنه
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ وُجُوبِهِ فأنوع (((فأنواع))) بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْقَاذِفِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْذُوفِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَيْهِمَا جميعا وَبَعْضُهَا يرجع إلَى الْمَقْذُوفِ بِهِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْذُوفِ فيه وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَذْفِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْقَاذِفِ فَأَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ أَحَدُهَا الْعَقْلُ وَالثَّانِي الْبُلُوغُ حتى لو كان الْقَاذِفُ صَبِيًّا أو مَجْنُونًا لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ الْحَدَّ عُقُوبَةٌ فَيَسْتَدْعِي كَوْنَ الْقَذْفِ جِنَايَةً وَفِعْلُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَا يُوصَفُ بِكَوْنِهِ جِنَايَةً وَالثَّالِثُ عَدَمُ إثْبَاتِهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِنْ أتى بِهِمْ لَا حَدَّ عليه لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَاَلَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً } عَلَّقَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وُجُوبَ إقَامَةِ الْحَدِّ بَعْدَ الْإِثْبَاتِ بِأَرْبَعَةِ شُهُودٍ
وَلَيْسَ الْمُرَادُ منه عَدَمَ الْإِتْيَانِ في جَمِيعِ الْعُمْرِ بَلْ عِنْدَ الْقَذْفِ وَالْخُصُومَةِ إذْ لو حُمِلَ على الْأَبَدِ لَمَا أُقِيمَ حَدٌّ أَصْلًا إذْ لَا يُقَامُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلِأَنَّ الْحَدَّ إنَّمَا وَجَبَ لِدَفْعِ عَارِ الزِّنَا عن الْمَقْذُوفِ وإذا ظَهَرَ زِنَاهُ بِشَهَادَةِ الْأَرْبَعَةِ لَا يَحْتَمِلُ الِانْدِفَاعَ بِالْحَدِّ وَلِأَنَّ هذا شَرْطٌ يَزْجُرُ عن قَذْفِ الْمُحْصَنَاتِ
وَأَمَّا حُرِّيَّةُ الْقَاذِفِ وَإِسْلَامُهُ وَعِفَّتُهُ عن فِعْلِ الزِّنَا فَلَيْسَ بِشَرْطٍ فَيُحَدُّ الرَّقِيقُ وَالْكَافِرُ وَمَنْ لَا عِفَّةَ له عن الزِّنَا وَالشَّرْطُ إحْصَانُ الْمَقْذُوفِ لَا إحْصَانَ الْقَاذِفِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْذُوفِ فَشَيْئَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مُحْصَنًا رَجُلًا كان أو امْرَأَةً وَشَرَائِطُ إحْصَانِ الْقَذْفِ خَمْسَةٌ الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ وَالْعِفَّةُ عن الزِّنَا فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَذْفِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالرَّقِيقِ وَالْكَافِرِ وَمَنْ لَا عِفَّةَ له عن الزِّنَا
أَمَّا الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ فَلِأَنَّ الزِّنَا لَا يُتَصَوَّرُ من الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ فَكَانَ قَذْفُهُمَا بِالزِّنَا كَذِبًا مَحْضًا فَيُوجِبُ التَّعْزِيرَ لَا الْحَدَّ
وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَلِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى شَرَطَ الْإِحْصَانَ في آيَةِ الْقَذْفِ وَهِيَ قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَاَلَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ } وَالْمُرَادُ من الْمُحْصَنَاتِ

هَهُنَا الْحَرَائِرُ لَا الْعَفَائِفُ عن الزِّنَا فَدَلَّ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ شَرْطٌ وَلِأَنَّا لو أَوْجَبْنَا على قَاذِفِ الْمَمْلُوكِ الْجَلْدَ لَأَوْجَبْنَا ثَمَانِينَ وهو لو أتى بِحَقِيقَةِ الزِّنَا لَا يُجْلَدُ إلَّا خَمْسِينَ
وَهَذَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْقَذْفَ نِسْبَةٌ إلَى الزِّنَا وَأَنَّهُ دُونَ حَقِيقَةِ الزِّنَا
وَأَمَّا الْإِسْلَامُ وَالْعِفَّةُ عن الزِّنَا فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى { الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ } وَالْمُحْصَنَاتُ الْحَرَائِرُ وَالْغَافِلَاتُ والعفائف (((العفائف))) عن الزِّنَا وَالْمُؤْمِنَاتُ مَعْلُومَةٌ فَدَلَّ أَنَّ الْإِيمَانَ وَالْعِفَّةَ

عن الزِّنَا وَالْحُرِّيَّةِ شَرْطٌ وَدَلَّتْ هذه الْآيَةُ على أَنَّ الْمُرَادَ من الْمُحْصَنَاتِ في هذه الْآيَةِ الْحَرَائِرُ لَا الْعَفَائِفُ لِأَنَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَمَعَ في هذه الْآيَةِ بين الْمُحْصَنَاتِ وَالْغَافِلَاتِ في الذِّكْرِ وَالْغَافِلَاتُ الْعَفَائِفُ فَلَوْ أُرِيدَ بِالْمُحْصَنَاتِ الْعَفَائِفُ لَكَانَ تَكْرَارًا وَلِأَنَّ الْحَدَّ إنَّمَا يَجِبُ لِدَفْعِ الْعَارِ عن الْمَقْذُوفِ وَمَنْ لَا عِفَّةَ له عن الزِّنَا لَا يَلْحَقُهُ الْعَارُ بِالْقَذْفِ بِالزِّنَا وَكَذَا قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من أَشْرَكَ بِاَللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ يَدُلُّ على أَنَّ الْإِسْلَامَ شَرْطٌ وَلِأَنَّ الْحَدَّ إنَّمَا وَجَبَ بِالْقَذْفِ دَفْعًا لِعَارِ الزِّنَا عن الْمَقْذُوفِ وما في الْكَافِرِ من عَارِ الْكُفْرِ أَعْظَمُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
ثُمَّ تَفْسِيرُ الْعِفَّةِ عن الزِّنَا هو إنْ لم يَكُنْ الْمَقْذُوفُ وطىء في عُمْرِهِ وطأ حَرَامًا في غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا نِكَاحٍ أَصْلًا وَلَا في نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَسَادًا مُجْمَعًا عليه في السَّلَفِ فَإِنْ كان فَعَلَ سَقَطَتْ عِفَّتُهُ سَوَاءٌ كان الْوَطْءُ زِنًا مُوجِبًا لِلْحَدِّ أو لم يَكُنْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ على الْوَصْفِ الذي ذَكَرْنَا
وَإِنْ كان وطىء وطأ حَرَامًا لَكِنْ في الْمِلْكِ أو النِّكَاحِ حَقِيقَةً أو في نِكَاحٍ فَاسِدٍ لَكِنْ فَسَادًا هو مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ لَا تَسْقُطُ عِفَّتُهُ
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا وطىء امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ بِأَنْ زُفَّتْ إلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَوَطِئَهَا سَقَطَتْ عِفَّتُهُ لِوُجُودِ الْوَطْءِ الْحَرَامِ في غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا نِكَاحٍ أَصْلًا إلَّا أَنَّهُ لم يَجِبْ الْحَدُّ لِقِيَامِ الدَّلِيلِ الْمُبِيحِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَكَذَلِكَ إذَا وطىء جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِأَنَّ الْوَطْءَ يُصَادِفُ كُلَّ الْجَارِيَةِ وَكُلُّهَا ليس مِلْكَهُ فَيُصَادِفُ مِلْكَ الْغَيْرِ لَا مَحَالَةَ فَكَانَ الْفِعْلُ زِنًا من وَجْهٍ لَكِنْ درىء (((درئ))) الْحَدُّ لِلشُّبْهَةِ
وَكَذَلِكَ إذَا وطىء جَارِيَةَ أَبَوَيْهِ أو زَوْجَتِهِ أو جَارِيَةً اشْتَرَاهَا وهو يَعْلَمُ أنها لِغَيْرِ الْبَائِعِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ لو وطىء جَارِيَةَ ابْنِهِ فَأَعْلَقَهَا أو لم يُعْلِقْهَا لِوُجُودِ الْوَطْءِ الْمُحَرَّمِ في غَيْرِ مِلْكٍ حَقِيقَةً
وَلَوْ وطىء الْحَائِضَ أو النُّفَسَاءَ أو الصَّائِمَةَ أو الْمُحْرِمَةَ أو الْحُرَّةَ التي ظَاهَرَ منها أو الْأَمَةَ الْمُزَوَّجَةَ لم تَسْقُطْ عِفَّتُهُ لِقِيَامِ الْمِلْكِ أو النِّكَاحِ حَقِيقَةً وَأَنَّهُ مُحَلِّلٌ إلَّا أَنَّهُ مُنِعَ من الْوَطْءِ لِغَيْرِهِ
وَكَذَا إذَا وطىء مُكَاتَبَتَهُ في قَوْلِهِمَا وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ وفي رِوَايَةٍ أُخْرَى عنه وهو قَوْلُ زُفَرَ تَسْقُطُ عِفَّتُهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذا وَطْءٌ حَصَلَ في غَيْرِ الْمِلْكِ لِأَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ أَوْجَبَ زَوَالَ الْمِلْكِ في حَقِّ الْوَطْءِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُبَاحُ له أَنْ يَطَأَهَا وَكَذَا الْمَهْرُ يَكُونُ لها لَا

لِلْمَوْلَى
وَهَذَا دَلِيلُ زَوَالِ الْمِلْكِ في حَقِّ الْوَطْءِ
وَلَنَا أَنَّ الْوَطْءَ يُصَادِفُ الذَّاتَ وَمِلْكُ الذَّاتِ قَائِمٌ بَعْدَ الْكِتَابَةِ فَكَانَ الْمِلْكُ الْمُحَلِّلُ قَائِمًا وَإِنَّمَا الزَّائِلُ مِلْكُ الْيَدِ فَمُنِعَ من الْوَطْءِ لِمَا فيه من اسْتِرْدَادِ يَدِهَا على نَفْسِهَا فَأَشْبَهَتْ الْجَارِيَةَ الْمُزَوَّجَةَ وَلَوْ تَزَوَّجَ مُعْتَدَّةَ الْغَيْرِ أو مَنْكُوحَةَ الْغَيْرِ أو مَجُوسِيَّةً أو أُخْتَهُ من الرَّضَاعِ سَقَطَتْ عِفَّتُهُ سَوَاءٌ عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا إذَا كان لَا يَعْلَمُ لَا تَسْقُطُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ إذَا لم يَعْلَمْ لَا يَكُونُ الْوَطْءُ حَرَامًا بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَأْثَمُ وَلَوْ كان حَرَامًا لَأَثِمَ وإذا لم يَكُنْ حَرَامًا لم تَسْقُطْ الْعِفَّةُ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حُرْمَةَ الْوَطْءِ هَهُنَا ثَابِتَةٌ بِالْإِجْمَاعِ إلَّا أَنَّ الْإِثْمَ مُنْتَفٍ وَالْإِثْمُ ليس من لَوَازِمِ الْحُرْمَةِ على ما عُرِفَ
وإذا كانت الْحُرْمَةُ ثَابِتَةً بِيَقِينٍ سَقَطَتْ الْعِفَّةُ
وَلَوْ قَبَّلَ امْرَأَةً بِشَهْوَةٍ أو نَظَرَ إلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَ بِابْنَتِهَا فَوَطِئَهَا أو تَزَوَّجَ بِأُمِّهَا فَوَطِئَهَا لَا تَسْقُطُ عِفَّتُهُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا تَسْقُطُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ التَّقْبِيلَ أو النَّظَرَ أَوْجَبَ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ وأنها حُرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ فَتَسْقُطُ الْعِصْمَةُ كَحُرْمَةِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذه الْحُرْمَةَ لَيْسَتْ مُجْمَعًا عليها بَلْ هِيَ مَحِلُّ الِاجْتِهَادِ في السَّلَفِ فَلَا تَسْقُطُ الْعِفَّةُ
فَأَمَّا إذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَطِئَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَ ابْنَتَهَا أو أُمَّهَا فَوَطِئَهَا سَقَطَتْ عِفَّتُهُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ هذا النِّكَاحَ مُجْمَعٌ على فَسَادِهِ فلم يَكُنْ مَحِلَّ الِاجْتِهَادِ
وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ شُهُودٍ فَوَطِئَهَا سَقَطَتْ عِفَّتُهُ لِأَنَّ فَسَادَ هذا النِّكَاحِ مُجْمَعٌ عليه لَا اخْتِلَافَ فيه في السَّلَفِ إذْ لَا يُعْرَفُ الْخِلَافُ فيه بين الصَّحَابَةِ فَلَا يُعْتَدُّ بِخِلَافِ مَالِكٍ فيه
وَلَوْ تَزَوَّجَ أَمَةً وَحُرَّةً في عُقْدَةٍ وَاحِدَةٍ فوطئهما (((فوطئها))) أو تَزَوَّجَ أَمَةً على حُرَّةٍ فَوَطِئَهُمَا لم تَسْقُطْ عِفَّتُهُ لِأَنَّ فَسَادَ هذا النِّكَاحِ ليس مُجْمَعًا عليه في السَّلَفِ بَلْ هو مَحَلُّ الِاجْتِهَادِ فَالْوَطْءُ فيه لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الْعِفَّةِ
وَلَوْ تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ امْرَأَةً ذَاتَ رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه ثُمَّ أَسْلَمَ فَقَذَفَهُ رَجُلٌ
إنْ كان قد دخل بها بَعْدَ الْإِسْلَامِ سَقَطَتْ عِفَّتُهُ بِالْإِجْمَاعِ
وَإِنْ كان الدُّخُولُ في حَالِ الْكُفْرِ لم تَسْقُطْ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا تَسْقُطُ
هَكَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْأَصْلِ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ إحْصَانُهُ ولم يذكر الْخِلَافَ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ هذا النِّكَاحَ مُجْمَعٌ على فَسَادِهِ
وَإِنَّمَا سَقَطَ الْحَدُّ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لِنَوْعِ شُبْهَةٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَا حَدَّ على من قَذَفَ امْرَأَةً مَحْدُودَةً

فِي الزِّنَا أو مَعَهَا وَلَدٌ لَا يُعْرَفُ له أَبٌ أو لَاعَنَتْ بِوَلَدٍ لِأَنَّ إمارة الزِّنَا مَعَهَا ظَاهِرَةٌ فلم تَكُنْ عَفِيفَةً
فَإِنْ لَاعَنَتْ بِغَيْرِ الْوَلَدِ أو مع الْوَلَدِ لَكِنَّهُ لم يَقْطَعْ النَّسَبَ
أو قَطَعَ لَكِنَّ الزَّوْجَ عَادَ وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ وَأُلْحِقَ النَّسَبُ بِالْأَبِ حُدَّ لِأَنَّهُ لم يَظْهَرْ منها عَلَامَةُ الزِّنَا فَكَانَتْ عَفِيفَةً
وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ الْمَقْذُوفُ مَعْلُومًا فَإِنْ كان مَجْهُولًا لَا يَجِبُ الْحَدُّ
كما إذَا قال لِجَمَاعَةٍ كُلُّكُمْ زَانٍ إلَّا وَاحِدًا
أو قال ليس فِيكُمْ زَانٍ إلَّا وَاحِدٌ
أو قال لِرَجُلَيْنِ أَحَدُكُمَا زَانٍ لِأَنَّ الْمَقْذُوفَ مَجْهُولٌ
وَلَوْ قال لِرَجُلَيْنِ أَحَدُكُمَا زَانٍ فقال له رَجُلٌ أَحَدُهُمَا هذا فقال لَا لَا حَدَّ لِلْآخَرِ
لِأَنَّهُ لم يَقْذِفْ بِصَرِيحِ الزِّنَا وَلَا بِمَا هو في مَعْنَى الصَّرِيحِ
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ جَدُّكَ زَانٍ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ اسْمَ الْجَدِّ يَنْطَلِقُ على الْأَسْفَلِ وَعَلَى الْأَعْلَى فَكَانَ الْمَقْذُوفُ مَجْهُولًا
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ أَخُوكَ زَانٍ فَإِنْ كان له إخْوَةٌ أو أَخَوَانِ سِوَاهُ لَا حَدَّ على الْقَاذِفِ لِأَنَّ الْمَقْذُوفَ مَجْهُولٌ
وَإِنْ لم يَكُنْ له إلَّا أَخٌ وَاحِدٌ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ إذَا حَضَرَ وَطَالَبَ
لِأَنَّ الْمَقْذُوفَ مَعْلُومٌ وَلَيْسَ لِهَذَا الْأَخِ وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ لِمَا نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا حَيَاةُ الْمَقْذُوفِ وَقْتَ الْقَذْفِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الْحَدِّ على الْقَاذِفِ حتى يَجِبَ الْحَدُّ بِقَذْفِ الْمَيِّتِ لِمَا نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
فصل وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَيْهِمَا جميعا فَوَاحِدٌ وهو أَنْ لَا يَكُونَ الْقَاذِفُ أَبَ الْمَقْذُوفِ وَلَا جَدَّهُ وَإِنْ عَلَا وَلَا أُمَّهُ وَلَا جَدَّتَهُ وَإِنْ عَلَتْ فَإِنْ كان لَا حَدَّ عليه لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى { فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ } وَالنَّهْيُ عن التَّأْفِيفِ نَصًّا نَهْيٌ عن الضَّرْبِ دَلَالَةً
وَلِهَذَا لَا يُقْتَلُ بِهِ قِصَاصًا
وَلِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَبِالْوَالِدَيْنِ إحْسَانًا } وَالْمُطَالَبُ بِالْقَذْفِ ليس من الْإِحْسَانِ في شَيْءٍ فَكَانَ مَنْفِيًّا بِالنَّصِّ وَلِأَنَّ تَوْقِيرَ الْأَبِ وَاحْتِرَامَهُ وَاجِبٌ شَرْعًا وَعَقْلًا وَالْمُطَالَبَةُ بِالْقَذْفِ لِلْجَدِّ تَرْكُ التَّعْظِيمِ وَالِاحْتِرَامِ فَكَانَ حَرَامًا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْذُوفِ بِهِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ الْقَذْفُ بِصَرِيحِ الزِّنَا وما يَجْرِي مَجْرَى الصَّرِيحِ وهو نَفْيُ النَّسَبِ فَإِنْ كان بالكناية ((بالكناية)) لَا يُوجِبُ الْحَدَّ لِأَنَّ الْكِنَايَةَ مُحْتَمَلَةٌ وَالْحَدُّ لَا يَجِبُ مع الشُّبْهَةِ فَمَعَ الِاحْتِمَالِ أَوْلَى
وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا قال لِرَجُلٍ يا زَانِي أو قال زَنَيْتَ أو قال أنت زَانٍ ((زاني)) يُحَدُّ لِأَنَّهُ أتى بِصَرِيحِ الْقَذْفِ بِالزِّنَا
وَلَوْ قال يا زانيء ((زانئ)) بِالْهَمْزِ أو زَنَأْتَ بِالْهَمْزِ يُحَدُّ
وَلَوْ قال عَنَيْتُ بِهِ الصُّعُودَ في الْجَبَلِ لَا يُصَدَّقُ لِأَنَّ الْعَامَّةَ لَا تُفَرِّقُ بين الْمَهْمُوزِ وَالْمُلَيَّنِ
وَكَذَا من الْعَرَبِ من يَهْمِزُ الْمُلَيَّنَ فَبَقِيَ مُجَرَّدُ النِّيَّةِ فَلَا يُعْتَبَرُ
وَلَوْ قال زَنَأْتَ في الْجَبَلِ يُحَدُّ وَلَوْ قال عَنَيْتُ بِهِ الصُّعُودَ في الْجَبَلِ لَا يُصَدَّقُ في قَوْلِهِمَا
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يُصَدَّقُ
وَلَوْ قال زَنَأْتَ على الْجَبَلِ وقال عَنَيْتُ بِهِ الصُّعُودَ لَا يُصَدَّقُ بِالْإِجْمَاعِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الزِّنَا الذي هو فَاحِشَةٌ مُلَيَّنٌ
يُقَالُ زنا يَزْنِي زنا وَالزِّنَا الذي هو صُعُودٌ مَهْمُوزٌ يُقَالُ زَنَأَ يَزْنَأُ زنأ (((زنئا)))
وقال الشَّاعِرُ وَارْقَ إلَى الْخَيْرَاتِ زنا (((زنئا))) في الْجَبَلْ وَأَرَادَ بِهِ الصُّعُودَ إلَّا أَنَّهُ إذَا لم يَقُلْ عَنَيْتُ بِهِ الصُّعُودَ حُمِلَ على الزِّنَا الْمَعْرُوفِ لِأَنَّ اسْمَ الزِّنَا يُسْتَعْمَلُ في الْفُجُورِ عُرْفًا وَعَادَةً وإذا قال عَنَيْتُ بِهِ الصُّعُودَ فَقَدْ عَنَى بِهِ ما هو مُوجِبُ اللَّفْظِ لُغَةً فَلَزِمَ اعْتِبَارُهُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ اسْمَ الزِّنَا يُسْتَعْمَلُ في الْفُجُورِ عُرْفًا وَعَادَةً وَالْعَامَّةُ لَا تَفْصِلُ بين الْمَهْمُوزِ وَالْمُلَيَّنِ بَلْ تَسْتَعْمِلُ الْمَهْمُوزَ مُلَيَّنًا وَالْمُلَيَّنَ مَهْمُوزًا فَلَا يُصَدَّقُ في الصَّرْفِ عن الْمُتَعَارَفِ كما إذَا قال زَنَيْتَ في الْجَبَلِ وقال عَنَيْتُ بِهِ الصُّعُودَ
أو زَنَأْتَ ولم يذكر الْجَبَلَ إلَّا أَنَّهُ اسْتَعْمَلَ كَلِمَة { في } مَكَانَ كَلِمَةِ على وَأَنَّهُ جَائِزٌ قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ في جُذُوعِ النَّخْلِ } أَيْ على جُذُوعِ النَّخْلِ
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من عَلَّلَ لَهُمَا بِأَنَّ الْمَهْمُوزَ منه يَحْتَمِلُ مَعْنَى الْمُلَيَّنِ وهو الزِّنَا الْمَعْرُوفُ لِأَنَّ من الْعَرَبِ من يَهْمِزُ الْمُلَيَّنَ فَيَتَعَيَّنُ مَعْنَى الْمُلَيَّنِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ وَهِيَ حَالُ الْغَضَبِ لِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ مَقْصُورَةٌ فيها
وإذا قال زَنَأْتَ على الْجَبَلِ وقال عَنَيْتُ بِهِ الصُّعُودَ لم يُصَدَّقْ لِأَنَّهُ لَا تُسْتَعْمَلُ كَلِمَةُ على في الصُّعُودِ فَلَا يُقَالُ صَعِدَ على الْجَبَلِ وَإِنَّمَا يُقَالُ صَعِدَ في الْجَبَلِ
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ يا ابْنَ الزَّانِي فَهُوَ قَاذِفٌ لِأَبِيهِ كَأَنَّهُ قال أَبُوكَ زَانِي
وَلَوْ قال يا ابْنَ الزَّانِيَةِ فَهُوَ قَاذِفٌ لِأُمِّهِ كَأَنَّهُ قال أُمُّكَ زَانِيَةٌ وَلَوْ قال يا ابْنَ الزَّانِي وَالزَّانِيَةِ فَهُوَ قَاذِفٌ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ كَأَنَّهُ قال أَبَوَاكَ زَانِيَانِ
وَلَوْ قال يا ابْنَ الزِّنَا أو يا وَلَدَ الزِّنَا كان قَذْفًا لِأَنَّ مَعْنَاهُ في عُرْفِ الناس وَعَادَتِهِمْ إنك مَخْلُوقٌ من مَاءِ الزِّنَا
وَلَوْ قال يا ابْنَ الزَّانِيَتَيْنِ يَكُونُ قَذْفًا وَيُعْتَبَرُ إحْصَانُ أُمِّهِ التي وَلَدَتْهُ لَا إحْصَانَ جَدَّتِهِ حتى لو كانت أُمُّهُ مُسْلِمَةً فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَإِنْ كانت

جَدَّتُهُ كَافِرَةً وَإِنْ كانت أُمُّهُ كَافِرَةً فَلَا حَدَّ عليه وَإِنْ كانت جَدَّتُهُ مُسْلِمَةً لِأَنَّ أُمَّهُ في الْحَقِيقَةِ وَالِدَتُهُ وَالْجَدَّةُ تُسَمَّى أُمًّا مَجَازًا وَكَذَلِكَ لو قال يا ابْنَ مِائَةِ زَانِيَةٍ أو يا ابْنَ أَلْفِ زَانِيَةٍ يَكُونُ قَاذِفًا لِأُمِّهِ وَيُعْتَبَرُ في الْإِحْصَانِ حَالُ الْأُمِّ لِمَا قُلْنَا وَيَكُونُ الْمُرَادُ من الْعَدَدِ الْمَذْكُورِ عَدَدَ الْمَرَّاتِ لَا عَدَدَ الْأَشْخَاصِ
أَيْ أُمُّكَ زَنَتْ مِائَةَ مَرَّةٍ أو أَلْفَ مَرَّةٍ
وَلَوْ قال يا ابْنَ الْقَحْبَةِ لم يَكُنْ قَاذِفًا لِأَنَّ هذا الِاسْمَ كما يُطْلَقُ على الزَّانِيَةِ يُسْتَعْمَلُ على الْمُهَيَّأَةِ الْمُسْتَعِدَّةِ لِلزِّنَا وَإِنْ لم تَزْنِ فَلَا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الِاحْتِمَالِ
وَكَذَلِكَ لو قال يا ابْنَ الدَّعِيَّةِ لِأَنَّ الدَّعِيَّةَ هِيَ الْمَرْأَةُ الْمَنْسُوبَةُ إلَى قَبِيلَةٍ لَا نَسَبَ لها منهم
وَهَذَا لَا يَدُلُّ على كَوْنِهَا زَانِيَةً لِجَوَازِ ثُبُوتِ نَسَبِهَا من غَيْرِهِمْ
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ يا زَانِي فقال الرَّجُلُ لَا بَلْ أنت الزَّانِي أو قال لَا بَلْ أنت يُحَدَّانِ

جميعا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَذَفَ صَاحِبَهُ صَرِيحًا
وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ يا زَانِيَةُ فقالت زَنَيْتُ بِكَ لَا حَدَّ على الرَّجُلِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ صَدَّقَتْهُ في الْقَذْفِ فَخَرَجَ قَذْفُهُ من أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا لِلْحَدِّ وَتُحَدُّ الْمَرْأَةُ لِأَنَّهَا قَذَفَتْهُ بِالزِّنَا نَصًّا ولم يُوجَدْ منه التَّصْدِيقُ وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ يا زَانِيَةُ فقالت زَنَيْتُ مَعَكَ لَا حَدَّ على الرَّجُلِ وَلَا على الْمَرْأَةِ أَمَّا على الرَّجُلِ فَلِوُجُودِ التَّصْدِيقِ منها إيَّاهُ وَأَمَّا على الْمَرْأَةِ فَلِأَنَّ قَوْلَهَا زَنَيْتُ مَعَكَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ منه زَنَيْتُ بِكَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ زَنَيْتُ بِحَضْرَتِكَ فَلَا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الِاحْتِمَالِ وَلَوْ قال لِامْرَأَتِهِ يا زَانِيَةُ فقالت لَا بَلْ أنت حُدَّتْ الْمَرْأَةُ حَدَّ الْقَذْفِ وَلَا لِعَانَ على الرَّجُلِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الزَّوْجَيْنِ قَذَفَ صَاحِبَهُ وَقَذْفُ الْمَرْأَةِ يُوجِبُ حَدَّ الْقَذْفِ وَقَذْفُ الزَّوْجِ امْرَأَتَهُ يُوجِبُ اللِّعَانَ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُدَّ
وفي الْبِدَايَةِ بِحَدِّ الْمَرْأَةِ إسْقَاطُ الْحَدِّ عن الرَّجُلِ لِأَنَّ اللِّعَانَ شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَةٌ بِالْأَيْمَانِ وَالْمَحْدُودُ في الْقَذْفِ لَا شَهَادَةَ له
وَنَظِيرُ هذا ما قالوا فِيمَنْ قال لِامْرَأَتِهِ يا زاينة (((زانية))) بِنْتُ الزَّانِيَةِ فَخَاصَمَتْ الْأُمُّ أَوَّلًا فَحُدَّ الزَّوْجُ حَدَّ الْقَذْفِ سَقَطَ اللِّعَانُ لِأَنَّهُ بَطَلَتْ شَهَادَتُهُ وَلَوْ خَاصَمَتْ الْمَرْأَةُ أَوَّلًا فَلَاعَنَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا ثُمَّ خَاصَمَتْ الْأُمُّ يُحَدُّ الرَّجُلُ حَدَّ الْقَذْفِ
وَلَوْ قال لِامْرَأَتِهِ يا زَانِيَةُ فقالت زَنَيْتُ بِكَ لَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ
لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أنها أَرَادَتْ بِقَوْلِهَا زَنَيْتُ بِكَ أَيْ قبل النِّكَاحِ وَيُحْتَمَلُ أنها أَرَادَتْ أَيْ ما مَكَّنْتُ من الْوَطْءِ غَيْرَكَ
فَإِنْ كان ذلك زِنًا فَهُوَ زِنًا لِأَنَّ هذا مُتَعَارَفٌ فَإِنْ أَرَادَتْ الْأَوَّلَ لَا يَجِبُ اللِّعَانُ وَيَجِبُ الْحَدُّ لِأَنَّهَا أَقَرَّتْ بِالزِّنَا وَإِنْ أَرَادَتْ بِهِ الثَّانِي يَجِبُ اللِّعَانُ لِأَنَّ الزَّوْجَ قَذَفَهَا بِالزِّنَا وَهِيَ لم تُصَدِّقْهُ فِيمَا قَذَفَهَا بِهِ وَلَا حَدَّ عليها فَوَقَعَ الِاحْتِمَالُ في ثُبُوتِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَلَا يَثْبُتُ
وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ أَنْتِ زَانِيَةٌ فقالت الْمَرْأَةُ أنت أَزْنَى مِنِّي يُحَدُّ الرَّجُلُ وَلَا تُحَدُّ الْمَرْأَةُ
أَمَّا الرَّجُلُ فَلِأَنَّهُ قَذَفَهَا بِصَرِيحِ الزِّنَا ولم يُوجَدْ منها التَّصْدِيقُ
وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلِأَنَّ قَوْلَهَا أنت أَزْنَى مِنِّي يُحْتَمَلُ أنها أَرَادَتْ بِهِ النِّسْبَةَ إلَى الزِّنَا على التَّرْجِيحِ وَيُحْتَمَلُ أنها أَرَادَتْ أنت أَقْدَرُ على الزِّنَا وَأَعْلَمُ بِهِ مِنِّي فَلَا يُحْمَلُ على الْقَذْفِ مع الِاحْتِمَالِ
وَكَذَلِكَ إذَا قال الإنسان (((لإنسان))) أنت أَزْنَى الناس أو أَزْنَى الزُّنَاةِ أو أَزْنَى من فُلَانٍ لَا حَدَّ عليه لِمَا قُلْنَا
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ فَرَّقَ بين قَوْلِهِ أَزْنَى الناس وَبَيْنَ قَوْلِهِ أَزْنَى مِنِّي أو من فُلَانٍ فقال في الْأَوَّلِ يُحَدُّ وفي الثَّانِي لَا يُحَدُّ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ له أَنَّ قَوْلَهُ أنت أَزْنَى الناس أَمْكَنَ حَمْلُهُ على ما يَقْتَضِيهِ ظَاهِرُ الصِّيغَةِ وهو التَّرْجِيحُ في وُجُودِ فِعْلِ الزِّنَا منه لِتَحَقُّقِ الزِّنَا من الناس في الْجُمْلَةِ فَيُحْمَلُ عليه
وَقَوْلُهُ أنت أَزْنَى مِنِّي أو من فُلَانٍ لَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ على التَّرْجِيحِ في وُجُودِ الزِّنَا لِجَوَازِ أَنَّهُ لم يُوجَدْ الزِّنَا منه أو من فُلَانٍ فَيُحْمَلُ على التَّرْجِيحِ في الْقُدْرَةِ أو الْعِلْمِ فَلَا يَكُونُ قَذْفًا بِالزِّنَا
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ زَنَيْتَ وَفُلَانٌ مَعَكَ كان قَاذِفًا لَهُمَا لِأَنَّهُ قَذَفَ أَحَدَهُمَا وَعَطَفَ الْآخَرَ عليه بِحَرْفِ الْوَاوِ وَأَنَّهَا لِلْجَمْعِ الْمُطْلَقِ فَكَانَ مُخْبِرًا عن وُجُودِ الزِّنَا من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا
رَجُلَانِ اسْتَبَّا فقال أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ ما أبي بِزَانٍ وَلَا أُمِّي بِزَانِيَةٍ لم يَكُنْ هذا قَذْفًا لِأَنَّ ظَاهِرَهُ نَفْيُ الزِّنَا عن أبيه وَعَنْ أُمِّهِ إلَّا أَنَّهُ قد يكنى بهذا الْكَلَامِ عن

نِسْبَةِ أَبِ صَاحِبِهِ وَأُمِّهِ إلَى الزِّنَا لَكِنَّ الْقَذْفَ على سَبِيلِ الْكِنَايَةِ وَالتَّعْرِيضِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ أنت تَزْنِي لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ هذا اللَّفْظَ يُسْتَعْمَلُ لِلِاسْتِقْبَالِ وَيُسْتَعْمَلُ لِلْحَالِ فَلَا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الِاحْتِمَالِ
وَكَذَلِكَ لو قال أنت تَزْنِي وأنا أَضْرِبُ الْحَدَّ لِأَنَّ مِثْلَ هذا الْكَلَامِ في عُرْفِ الناس لَا يَدُلُّ على قَصْدِ الْقَذْفِ وَإِنَّمَا يَدُلُّ على طَرِيقِ ضَرْبِ الْمَثَلِ على الِاسْتِعْجَابِ أَنْ كَيْفَ تَكُونُ الْعُقُوبَةُ على إنْسَانٍ وَالْجِنَايَةُ من غَيْرِهِ كما قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى }
وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ ما رأيت زَانِيَةً خَيْرًا مِنْكِ أو قال لِرَجُلٍ ما رأيت زَانِيًا خَيْرًا مِنْكَ لم يَكُنْ قَذْفًا لِأَنَّهُ ما جَعَلَ

هذا الْمَذْكُورَ خَيْرَ الزُّنَاةِ وَإِنَّمَا جَعَلَهُ خَيْرًا من الزُّنَاةِ
وَهَذَا لَا يَقْتَضِي وُجُودَ الزِّنَا منه
وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ زنا بِكِ زَوْجُكِ قبل أَنْ يَتَزَوَّجَكِ فَهُوَ قَاذِفٌ فإنه نَسَبَ زَوْجَهَا إلَى زِنًا حَصَلَ منه قبل التَّزَوُّجِ في كَلَامٍ مَوْصُولٍ فَيَكُونُ قَذْفًا
وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ وَطِئَكِ فُلَانٌ وطأ حَرَامًا أو جَامَعَكِ حَرَامًا أو فَجَرَ بِكِ أو قال لِرَجُلٍ وَطِئْتَ فُلَانَةَ حَرَامًا أو بَاضَعْتَهَا أو جَامَعْتَهَا حَرَامًا فَلَا حَدَّ عليه لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه الْقَذْفُ بِالزِّنَا بَلْ بِالْوَطْءِ الْحَرَامِ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْوَطْءُ حَرَامًا وَلَا يَكُونُ زِنًا كَالْوَطْءِ بِشُبْهَةٍ وَنَحْوِ ذلك
وَلَوْ قال لِغَيْرِهِ اذْهَبْ إلَى فُلَانٍ فَقُلْ له يا زَانِي أو يا ابْنَ الزَّانِيَةِ لم يَكُنْ الْمُرْسِلُ قَاذِفًا لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالْقَذْفِ ولم يَقْذِفْ وَأَمَّا الرَّسُولُ فَإِنْ ابْتَدَأَ فقال لَا على وَجْهِ الرِّسَالَةِ يا زَانِي أو يا ابْنَ الزَّانِيَةِ فَهُوَ قَاذِفٌ وَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَإِنْ بَلَّغَهُ على وَجْهِ الرِّسَالَةِ بِأَنْ قال أَرْسَلَنِي فُلَانٌ إلَيْكَ وَأَمَرَنِي أَنْ أَقول (((أقل))) لك يا زَانِي أو يا ابْنَ الزَّانِيَةِ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّهُ لم يَقْذِفْ بَلْ أَخْبَرَ عن قَذْفِ غَيْرِهِ وَلَوْ قال لِآخَرَ أُخْبِرْتُ أَنَّكَ زَانٍ أو أَشْهِدْتُ على ذلك لم يَكُنْ قَاذِفًا لِأَنَّهُ حَكَى خَبَرَ غَيْرِهِ بِالْقَذْفِ وَإِشْهَادَ غَيْرِهِ بِذَلِكَ فلم يَكُنْ قَاذِفًا
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ يا لُوطِيُّ لم يَكُنْ قَاذِفًا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ هذا نسبة إلَى قَوْمِ لُوطٍ فَقَطْ وَهَذَا لَا يَقْتَضِي أَنَّهُ يَعْمَلُ عَمَلَهُمْ وهو اللِّوَاطُ
وَلَوْ أَفْصَحَ وقال أنت تَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ وَسَمَّى ذلك لم يَكُنْ قَاذِفًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ أَيْضًا وَعِنْدَهُمَا هو قَاذِفٌ بِنَاءً على أَنَّ هذا الْفِعْلَ ليس بِزِنًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا هو في مَعْنَى الزِّنَا
وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في مَوْضِعِهَا
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ يا زَانِي فقال له آخَرُ صَدَقْتَ يُحَدُّ الْقَاذِفُ وَلَا حَدَّ على الْمُصَدِّقِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِوُجُودِ الْقَذْفِ الصَّرِيحِ منه وَأَمَّا الْمُصَدِّقُ فَلِأَنَّ قَوْلَهُ صَدَقْتَ قَذْفٌ بِطَرِيقِ الْكِنَايَةِ
وَلَوْ قال صَدَقْتَ هو كما قُلْتَ يُحَدُّ لِأَنَّ هذا في مَعْنَى الصَّرِيحِ
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ أَخُوكَ زَانٍ فقال الرَّجُلُ لَا بَلْ أنت يُحَدُّ الرَّجُلُ لِأَنَّ كَلِمَةَ لَا بَلْ لِتَأْكِيدِ الْإِثْبَاتِ فَقَدْ قَذَفَ الْأَوَّلَ بِالزِّنَا على سَبِيلِ التَّأْكِيدِ
وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَيُنْظَرُ إنْ كان لِلرَّجُلِ إخْوَةٌ أو أَخَوَانِ سِوَاهُ فَلَا حَدَّ عليه وَإِنْ لم

يَكُنْ له إلَّا أَخٌ وَاحِدٌ فَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِالْحَدِّ وَلَيْسَ لِهَذَا الْأَخِ الْمُخَاطَبِ أَنْ يُطَالِبَهُ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَلَوْ قال لَسْتَ لِأَبِيكَ فَهُوَ قَاذِفٌ لِأُمِّهِ سَوَاءٌ قال في غَضَبٍ أو رِضًا لِأَنَّ هذا الْكَلَامَ لَا يُذْكَرُ إلَّا لِنَفْيِ النَّسَبِ عن الْأَبِ فَكَانَ قَذْفًا لِأُمِّهِ

وَلَوْ قال ليس هذا أَبُوكَ أو قال لَسْتَ أنت ابْنَ فُلَانٍ لِأَبِيهِ أو قال أنت ابن فُلَانٍ لِأَجْنَبِيٍّ إنْ كان في حَالِ الْغَضَبِ فَهُوَ قَذْفٌ وَإِنْ كان في غَيْرِ حَالِ الْغَضَبِ فَلَيْسَ بِقَذْفٍ لِأَنَّ هذا الْكَلَامَ قد يُذْكَرُ لِنَفْيِ النَّسَبِ وقد يُذْكَرُ لِنَفْيِ التَّشَبُّهِ في الْأَخْلَاقِ أَيْ أَخْلَاقُكَ لَا تُشْبِهُ أَخْلَاقَ أَبِيكَ أو أَخْلَاقُكَ تُشْبِهُ أَخْلَاقَ فُلَانٍ الْأَجْنَبِيِّ فَلَا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ

وَكَذَلِكَ إذَا قال لِرَجُلٍ يا ابْنَ مُزَيْقِيَا أو يا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ أَنَّهُ يَكُونُ قَذْفًا في حَالَةِ الْغَضَبِ لَا في حَالَةِ الرِّضَا لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ نَفْيَ النَّسَبِ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْمَدْحَ بِالتَّشْبِيهِ بِرَجُلَيْنِ من سَادَاتِ الْعَرَبِ فَعَامِرُ بن حَارِثَةَ كان يُسَمَّى مَاءَ السَّمَاءِ لِصَفَائِهِ وَسَخَائِهِ وَعَمْرُو بن عَامِرٍ كان يُسَمَّى الْمُزَيْقِيَا لِمَزْقِهِ الثِّيَابَ إذْ كان ذَا ثَرْوَةٍ وَنَخْوَةٍ كان يَلْبَسُ كُلَّ يَوْمٍ ثَوْبًا جَدِيدًا فإذا أَمْسَى خَلَعَهُ وَمَزَّقَهُ لِئَلَّا يَلْبَسَهُ غَيْرُهُ فَيُسَاوِيهِ فَيُحَكَّمُ الْحَالُ في ذلك فَإِنْ كان في حَالِ الْغَضَبِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ نَفْيَ النَّسَبِ فَيَكُونُ قَذْفًا وَإِنْ كان في حَالِ الرِّضَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْمَدْحَ فلم يَكُنْ قَذْفًا

وَلَوْ قال لِرَجُلٍ أنت ابن فُلَانٍ لِعَمِّهِ أو لِخَالِهِ أو لِزَوْجِ أُمِّهِ لم يَكُنْ قَذْفًا لِأَنَّ الْعَمَّ يُسَمَّى أَبًا وَكَذَلِكَ الْخَالُ وَزَوْجُ الْأُمِّ

قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { قالوا نَعْبُدُ إلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ } وَإِسْمَاعِيلُ كان عَمَّ يَعْقُوبَ عليه السلام وقد سَمَّاهُ أَبَاهُ

وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ على الْعَرْشِ } وَقِيلَ إنَّهُمَا أَبُوهُ وَخَالَتُهُ وإذا كانت الْخَالَةُ أُمًّا كان الْخَالُ أَبًا

وقال اللَّهُ تَعَالَى { إنَّ ابْنِي من أَهْلِي } قِيلَ في التَّفْسِيرِ إنَّهُ كان ابْنَ امْرَأَتِهِ من غَيْرِهِ

وَلَوْ قال لَسْتَ بِابْنِ فلان (((لفلان))) لِجَدِّهِ لم يَكُنْ قَاذِفًا لِأَنَّهُ صَادِقٌ في كَلَامِهِ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْجَدَّ لَا يُسَمَّى أَبًا حَقِيقَةً بَلْ مَجَازًا

وَلَوْ قال لِلْعَرَبِيِّ يا نَبَطِيُّ لم يَكُنْ قَذْفًا

وَكَذَلِكَ إذَا قال لَسْتَ من بَنِي فُلَانٍ لِلْقَبِيلَةِ التي هو منها لم يَكُنْ قَاذِفًا عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وقال ابن أبي لَيْلَى يَكُونُ قَذْفًا

وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِأَنَّ بِقَوْلِهِ يا نَبَطِيُّ لم يَقْذِفْهُ وَلَكِنَّهُ نَسَبَهُ إلَى غَيْرِ بَلَدِهِ كَمَنْ قال لِلْبَلَدِيِّ يا رُسْتَاقِيُّ

وَكَذَلِكَ إذَا قال يا ابْنَ الْخَيَّاطِ أو يا ابْنَ الْأَصْفَرِ أو الْأَسْوَدِ وَأَبُوهُ ليس كَذَلِكَ لم يَكُنْ قَاذِفًا بَلْ يَكُونُ كَاذِبًا

وَكَذَلِكَ إذَا قال يا ابْنَ الْأَقْطَعِ أو يا ابْنَ الْأَعْوَرِ وَأَبُوهُ ليس كَذَلِكَ يَكُونُ كَاذِبًا لَا قَاذِفًا كما إذَا قال لِلْبَصِيرِ يا أَعْمَى

ثُمَّ الْقَذْفُ بِلِسَانِ الْعَرَبِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ وَيَجِبُ الْحَدُّ لِأَنَّ مَعْنَى الْقَذْفِ هو النِّسْبَةُ إلَى الزِّنَا وَهَذَا يَتَحَقَّقُ بِكُلِّ لِسَانٍ

وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَالثَّانِي

أَنْ يَكُونَ الْمَقْذُوفُ بِهِ مُتَصَوَّرَ الْوُجُودِ من الْمَقْذُوفِ فَإِنْ كان لَا يُتَصَوَّرُ لم يَكُنْ قَاذِفًا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال لِآخَرَ زَنَى فخدك (((فخذك))) أو ظَهْرُكَ أَنَّهُ لَا حَدَّ عليه
لِأَنَّ الزِّنَا لَا يُتَصَوَّرُ من هذه الْأَعْضَاءِ حَقِيقَةً فَكَانَ الْمُرَادُ منه الْمَجَازَ من طَرِيقِ النَّسَبِ كما قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْعَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَالْيَدَانِ تَزْنِيَانِ وَالرِّجْلَانِ تَزْنِيَانِ وَالْفَرْجُ يُصَدِّقُ ذلك كُلَّهُ أو يُكَذِّبُهُ
وَكَذَلِكَ لو قال زَنَيْتَ بِأُصْبُعِكَ لِأَنَّ الزِّنَا بالإصبع لَا يُتَصَوَّرُ حَقِيقَةً
وَلَوْ قال زَنَى فَرْجُكَ يُحَدُّ لِأَنَّ الزِّنَا بِالْفَرْجِ يَتَحَقَّقُ كَأَنَّهُ قال زَنَيْتُ بِفَرْجِكَ
وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ زَنَيْتِ بِفَرَسٍ أو حِمَارٍ أو بَعِيرٍ أو ثَوْرٍ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ تَمْكِينَهَا من هذه الْحَيَوَانَاتِ لِأَنَّ ذلك مُتَصَوَّرٌ حَقِيقَةً
وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ جَعْلَ هذه الْحَيَوَانَاتِ عِوَضًا وَأُجْرَةً على الزِّنَا
فَإِنْ أَرَادَ به الْأَوَّلَ لَا يَكُونُ قَذْفًا لِأَنَّهَا بِالتَّمْكِينِ منها لَا تَصِيرُ مَزْنِيًّا بها لِعَدَمِ تَصَوُّرِ الزِّنَا من الْبَهِيمَةِ وَإِنْ أَرَادَ بِهِ الثَّانِي يَكُونُ قَذْفًا
كما إذَا قال زَنَيْتِ بِالدَّرَاهِمِ أو بِالدَّنَانِيرِ أو بِشَيْءٍ من الْأَمْتِعَةِ فَلَا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الِاحْتِمَالِ
وَلَوْ قال لها زَنَيْتِ بِنَاقَةٍ أو بِبَقَرَةٍ أو أَتَانٍ أو رَمَكَةٍ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ حَمْلُهُ على التَّمْكِينِ فَيُحْمَلُ على الْعِوَضِ
لِأَنَّ حَرْفَ الْبَاءِ قد يُسْتَعْمَلُ في الْأَعْوَاضِ وَلَوْ قال ذلك لِرَجُلٍ لم يَكُنْ قَذْفًا في جَمِيعِ ذلك
سَوَاءٌ كان ذَكَرًا أو أُنْثَى لِأَنَّهُ يُمْكِنُ حَمْلُهُ على حَقِيقَةِ الْوَطْءِ وَوَطْؤُهَا لَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ زِنًا فَلَا يَكُونُ قَذْفًا وَيُمْكِنُ حَمْلُهُ على الْعِوَضِ فَيَكُونُ قَذْفًا فَوَقَعَ الِاحْتِمَالُ في كَوْنِهِ قَذْفًا فَلَا يُجْعَلُ قَذْفًا مع الِاحْتِمَالِ
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من فَصَلَ بين الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فقال يَكُونُ قَذْفًا في الذَّكَرِ لَا في الْأُنْثَى لِأَنَّ فِعْلَ الْوَطْءِ من الرَّجُلِ يُوجَدُ في الْأُنْثَى فَلَا يُحْمَلُ على الْعِوَضِ وَلَا يُوجَدُ في الذَّكَرِ فَيُحْمَلُ على الْعِوَضِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بين الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى لِأَنَّ الْوَطْءَ يُتَصَوَّرُ في الصِّنْفَيْنِ في الْجُمْلَةِ
وَلَوْ قال لِامْرَأَةٍ زَنَيْتِ وَأَنْتِ مُكْرَهَةٌ أو مَعْتُوهَةٌ أو مَجْنُونَةٌ أو نَائِمَةٌ لم يَكُنْ قَذْفًا لِأَنَّهُ نَسَبَهَا إلَى الزِّنَا في حَالٍ لَا يُتَصَوَّرُ منها وُجُودُ الزِّنَا فيها فَكَانَ كَلَامُهُ كَذِبًا لَا قَذْفًا
وَبِمِثْلِهِ لو قال لِأَمَةٍ أُعْتِقَتْ زَنَيْتِ وَأَنْتِ أَمَةٌ أو قال لِكَافِرَةٍ أَسْلَمَتْ زَنَيْتِ وَأَنْتِ كَافِرَةٌ يَكُونُ قَذْفًا وَعَلَيْهِ الْحَدُّ لِأَنَّ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى قَذَفَهَا لِلْحَالِ بِالزِّنَا في حَالٍ لَا يُتَصَوَّرُ منها وُجُودُ الزِّنَا فيها فَكَانَ كَلَامُهُ كَذِبًا لَا قَذْفًا
وفي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ قَذَفَهَا لِلْحَالِ لِوُجُودِ الزِّنَا منها في حَالٍ يُتَصَوَّرُ منها الزِّنَا وَهِيَ حَالُ الرِّقِّ وَالْكُفْرِ لِأَنَّهُمَا لَا يَمْنَعَانِ وُقُوعَ الْفِعْلِ زِنًا وَإِنَّمَا يَمْنَعَانِ الْإِحْصَانَ وَالْإِحْصَانُ يُشْتَرَطُ وُجُودُهُ وَقْتَ الْقَذْفِ لِأَنَّهُ السَّبَبُ الْمُوجِبُ لِلْحَدِّ وقد وُجِدَ
وَلَوْ قال لِإِنْسَانٍ لَسْتَ لِأُمِّكَ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّهُ كَذِبٌ مَحْضٌ لِأَنَّهُ نفى النَّسَبِ من الْأُمِّ وَنَفْيُ النَّسَبِ من الْأُمِّ لَا يُتَصَوَّرُ
أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّهُ وَلَدَتْهُ حَقِيقَةً
وَكَذَلِكَ لو قال له لَسْتَ لِأَبَوَيْكَ لِأَنَّهُ نفى نَسَبِهِ عنهما وَلَا يَنْتَفِي عن الْأُمِّ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ فَيَكُونُ كَذِبًا بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَسْتَ لِأَبِيكَ لِأَنَّ ذلك ليس بِنَفْيٍ لِوِلَادَةِ الْأُمِّ بَلْ

هو نَفْيُ النَّسَبِ عن الْأَبِ وَنَفْيُ النَّسَبِ عن الْأَبِ يَكُونُ قَذْفًا لِلْأُمِّ وَكَذَلِكَ لو قال له لَسْتَ لِأَبِيكَ وَلَسْتَ لِأُمِّكَ في كَلَامٍ مَوْصُولٍ لم يَكُنْ قَذْفًا لِأَنَّ هذا وَقَوْلَهُ لَسْتَ لِأَبَوَيْكَ سَوَاءٌ

وَلَوْ قال له لَسْتَ لِآدَمَ أو لَسْتَ لِرَجُلٍ أو لَسْت لِإِنْسَانٍ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّهُ كَذِبٌ مَحْضٌ لِأَنَّ نَسَبَهُ لَا يَحْتَمِلُ الِانْقِطَاعَ عن هَؤُلَاءِ فَكَانَ كَذِبًا مَحْضًا لَا قَذْفًا فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال لِرَجُلٍ يا زَانِيَةُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ قَذْفًا عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَكُونُ قَذْفًا

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْهَاءَ قد تَدْخُلُ صِلَةً زَائِدَةً في الْكَلَامِ

قال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ خَبَرًا عن الْكُفَّارِ { ما أَغْنَى عَنِّي مَالِيَهْ هَلَكَ عَنِّي سُلْطَانِيَهْ } وَمَعْنَاهُ مَالِي وَسُلْطَانِي وَالْهَاءُ زَائِدَةٌ فَيُحْذَفُ الزَّائِدُ فَيَبْقَى قَوْلُهُ يا زَانِي وقد تَدْخُلُ في الْكَلَامِ لِلْمُبَالَغَةِ في الصِّفَةِ كما يُقَالُ عَلَّامَةٌ وَنَسَّابَةٌ وَنَحْوُ ذلك فَلَا يَخْتَلُّ بِهِ مَعْنَى الْقَذْفِ يَدُلُّ عليه أن حَذَفَهُ في نَعْتِ الْمَرْأَةِ لَا يُخِلُّ بِمَعْنَى الْقَذْفِ حتى لو قال لِامْرَأَةٍ يا زَانِي يَجِبُ الْحَدُّ بِالْإِجْمَاعِ فَكَذَلِكَ الزِّيَادَةُ في نَعْتِ الرَّجُلِ

وَلَهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهُ بِمَا لَا يُتَصَوَّرُ فَيَلْغُو

وَدَلِيلُ عَدَمِ التَّصَوُّرِ أَنَّهُ قَذَفَهُ بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ وهو التَّمْكِينُ لِأَنَّ الْهَاءَ في الزَّانِيَةِ هَاءُ التَّأْنِيثِ كَالضَّارِبَةِ وَالْقَاتِلَةِ وَالسَّارِقَةِ وَنَحْوِهَا وَذَلِكَ لَا يُتَصَوَّرُ من الرَّجُلِ بِخِلَافِ ما إذَا قال لِامْرَأَةٍ يا زَانِي لِأَنَّهُ أتى بِمَعْنَى الِاسْمِ وَحَذَفَ الْهَاءَ وَهَاءُ التَّأْنِيثِ قد تُحْذَفُ في الْجُمْلَةِ كَالْحَائِضِ وَالطَّالِقِ وَالْحَامِلِ وَنَحْوِ ذلك وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْذُوفِ فيه وهو الْمَكَانُ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْقَذْفُ في دَارِ الْعَدْلِ فَإِنْ كان في دَارِ الْحَرْبِ أو في دَارِ الْبَغْيِ فَلَا يُوجِبُ الْحَدَّ لِأَنَّ الْمُقِيمَ لِلْحُدُودِ هُمْ الْأَئِمَّةُ وَلَا وِلَايَةَ لِإِمَامِ أَهْلِ الْعَدْلِ على دَارِ الْحَرْبِ وَلَا على دَارِ الْبَغْيِ

فَلَا يَقْدِرُ على الْإِقَامَةِ فِيهِمَا فَالْقَذْفُ فِيهِمَا لَا يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِلْحَدِّ حين وُجُودِهِ فَلَا يُحْتَمَلُ الِاسْتِيفَاءُ بَعْدَ ذلك لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ لِلْوَاجِبِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَذْفِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا عن الشَّرْطِ وَالْإِضَافَةِ إلَى وَقْتٍ فَإِنْ كان مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ أو مُضَافًا إلَى وَقْتٍ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ لِأَنَّ ذِكْرَ الشَّرْطِ أو الْوَقْتِ يَمْنَعُ وُقُوعَهُ قَذْفًا لِلْحَالِ وَعِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ أو الْوَقْتِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ نَجَّزَ الْقَذْفَ كما في سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ وَالْإِضَافَاتِ فَكَانَ قَاذِفًا تَقْدِيرًا مع انْعِدَامِ الْقَذْفِ حَقِيقَةً فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال رَجُلٌ من قال كَذَا وَكَذَا فَهُوَ زَانٍ أو ابن الزَّانِيَةِ فقال رَجُلٌ أنا قلت أَنَّهُ لَا حَدَّ على المبتدىء (((المبتدئ))) لِأَنَّهُ عَلَّقَ الْقَذْفَ بِشَرْطِ الْقَوْلِ وَكَذَلِكَ إذَا قال لِرَجُلٍ إنْ دَخَلْتَ هذه الدَّارَ فَأَنْتَ زَانٍ أو ابن الزَّانِيَةِ فَدَخَلَ لَا حَدَّ على الْقَائِلِ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَا من قال لِغَيْرِهِ أنت زَانٍ أو ابن الزَّانِيَةِ غَدًا أو رَأْسَ شَهْرِ كَذَا

فَجَاءَ الْغَدُ وَالشَّهْرُ لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ إضَافَةَ الْقَذْفِ إلَى وَقْتٍ يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الْقَذْفِ في الْحَالِ وفي الْمَآلِ على مابينا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فصل وَأَمَّا بَيَانُ ما تَظْهَرُ بِهِ الْحُدُودُ عِنْدَ الْقَاضِي فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْحُدُودُ كُلُّهَا تَظْهَرُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ لَكِنْ عِنْدَ اسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِهَا
أَمَّا شَرَائِطُ الْبَيِّنَةِ الْقَائِمَةِ على الْحَدِّ فَمِنْهَا ما يَعُمُّ الْحُدُودَ كُلَّهَا وَمِنْهَا ما يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ
أَمَّا الذي يَعُمُّ الْكُلَّ فَالذُّكُورَةُ وَالْأَصَالَةُ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَلَا الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ وَلَا كِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي في الْحُدُودِ كُلِّهَا لِتَمَكُّنِ زِيَادَةِ شُبْهَةٍ فيها ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ وَالْحُدُودُ لَا تَثْبُتُ مع الشُّبُهَاتِ
وَلَوْ ادَّعَى الْقَاذِفُ أَنَّ الْمَقْذُوفَ صَدَّقَهُ وَأَقَامَ على ذلك رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ جَازَ وَكَذَلِكَ الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ وَكِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي لِأَنَّ الشَّهَادَةَ هَهُنَا قَامَتْ على إسْقَاطِ الْحَدِّ لَا على إثْبَاتِهِ وَالشُّبْهَةُ تَمْنَعُ من إثْبَاتِ الْحَدِّ لَا من إسْقَاطِهِ
وَأَمَّا الذي يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ فَمِنْهَا عَدَمُ التَّقَادُمِ وَأَنَّهُ شَرْطٌ في حَدِّ الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ في حَدِّ الْقَذْفِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الشَّاهِدَ إذَا عَايَنَ الْجَرِيمَةَ فَهُوَ مُخَيَّرٌ بين أَدَاءِ الشَّهَادَةِ حسبه لِلَّهِ تَعَالَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى عز وجل { وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } وَبَيْنَ التَّسَتُّرِ على أَخِيهِ الْمُسْلِمِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من سَتَرَ على أَخِيهِ الْمُسْلِمِ سَتَرَ اللَّهُ عليه في الْآخِرَةِ فلما لم يَشْهَدْ على فَوْرِ الْمُعَايَنَةِ حتى تَقَادَمَ الْعَهْدُ دَلَّ ذلك على اخْتِيَارِ جِهَةِ السَّتْرِ فإذا شَهِدَ بَعْدَ ذلك دَلَّ على أَنَّ الضَّغِينَةَ حَمَلَتْهُ على ذلك فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ
لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال أَيُّمَا قَوْمٍ شَهِدُوا على حَدٍّ لم يَشْهَدُوا عِنْدَ حَضْرَتِهِ فَإِنَّمَا شَهِدُوا عن ضَغَنٍ وَلَا شَهَادَةَ لهم
ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا
فَدَلَّ قَوْلُ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه على أَنَّ مِثْلَ هذه الشَّهَادَةِ شَهَادَةُ ضَغِينَةٍ وَأَنَّهَا غَيْرُ مَقْبُولَةٍ وَلِأَنَّ التَّأْخِيرَ وَالْحَالَةُ هذه يُورِّثُ تُهْمَةً وَلَا شَهَادَةَ لِلْمُتَّهَمِ على لِسَانِ رسول اللَّهِ بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ ثَمَّةَ لَا يَدُلُّ على الضَّغِينَةِ وَالتُّهْمَةِ لِأَنَّ الدَّعْوَى هُنَاكَ شَرْطٌ فَاحْتُمِلَ أَنَّ التَّأْخِيرَ كان لِتَأْخِيرِ الدَّعْوَى من الْمُدَّعِي وَالدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ في الْحُدُودِ الثَّلَاثَةِ فَكَانَ التَّأْخِيرُ لِمَا قُلْنَا
وَيُشْكِلُ على هذا فَصْلُ السَّرِقَةِ فإن الدَّعْوَى هُنَاكَ شَرْطٌ وَمَعَ هذا التَّقَادُمِ مَانِعٌ
وَاخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ مَشَايِخِنَا في الْجَوَابِ عن هذا الْإِشْكَالِ
فقال بَعْضُهُمْ إنَّ مَعْنَى الضَّغِينَةِ وَالتُّهْمَةِ حِكْمَةُ الْمَنْعِ من قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالسَّبَبُ الظَّاهِرُ هو كَوْنُ الْحَدِّ خَالِصَ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَالْحُكْمُ يُدَارُ على السَّبَبِ الظَّاهِرِ لَا على الْحِكْمَةِ وقد وُجِدَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ في السَّرِقَةِ فَيُوجِبُ الْمَنْعَ من قَبُولِ الشَّهَادَةِ
وَهَذَا ليس بِسَدِيدٍ لِأَنَّ الْأَصْلَ تَعْلِيقُ الْحُكْمِ بِالْحِكْمَةِ
إلَّا إذَا كان وَجْهُ الْحِكْمَةِ خَفِيًّا لَا يُوقَفُ عليه إلَّا بِحَرَجٍ فَيُقَامُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مَقَامَهُ وَتُجْعَلُ الْحِكْمَةُ مَوْجُودَةً تَقْدِيرًا وَهَهُنَا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عليه من غَيْرِ حَرَجٍ ولم تُوجَدْ في السَّرِقَةِ لِمَا بَيَّنَّا فَيَجِبُ أَنْ تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ بَعْدَ التَّقَادُمِ
وقال بَعْضُهُمْ إنَّمَا لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ في السَّرِقَةِ لِأَنَّ دَعْوَى السَّرِقَةِ بَعْدَ التَّقَادُمِ لم تَصِحَّ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ في الِابْتِدَاءِ مُخَيَّرٌ بين أَنْ يَدَّعِيَ السَّرِقَةَ وَيَقْطَعَ طَمَعَهُ عن مَالِهِ احْتِسَابًا لِإِقَامَةِ الْحَدِّ وَبَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ أَخْذَ الْمَالِ سَتْرًا على

أَخِيهِ الْمُسْلِمِ
فلما أَخَّرَ دَلَّ تَأْخِيرُهُ على اخْتِيَارِ جِهَةِ السَّتْرِ وَالْإِعْرَاضِ عن جِهَةِ الْحِسْبَةِ فلما شَهِدَ بَعْدَ ذلك فَقَدْ قَصَدَ الْإِعْرَاضَ عن جِهَةِ السَّتْرِ فَلَا يَصِحُّ إعْرَاضُهُ ولم يُجْعَلْ قَاصِدًا جِهَةَ الْحِسْبَةِ لِأَنَّهُ قد كان أَعْرَضَ عنها عِنْدَ اخْتِيَارِهِ جِهَةَ السَّتْرِ فلم تَصِحَّ دَعْوَاهُ السَّرِقَةَ فلم تُقْبَلْ

الشَّهَادَةُ على السَّرِقَةِ لِأَنَّ قَبُولَ الشَّهَادَةِ يَقِفُ على دَعْوَى صَحِيحَةٍ فِيمَا تُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى فَبَقِيَ مُدَّعِيًا أَخْذَ الْمَالِ لَا غير فَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ حِسْبَةً إذْ التَّقَادُمُ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ على الْأَمْوَالِ بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ الْمَقْذُوفَ ليس بِمُخَيَّرٍ بين بَذْلِ النَّفْسِ وَبَيْنَ إقَامَةِ الْحَدِّ بِالدَّعْوَى بَلْ الْوَاجِبُ عليه دَفْعُ الْعَارِ عن نَفْسِهِ وَدَعْوَى الْقَذْفِ فَلَا يُتَّهَمُ بِالتَّأْخِيرِ فَكَانَتْ الدَّعْوَى صَحِيحَةً منه وَالشَّيْخُ مَنْصُورٌ الْمَاتُرِيدِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَشَارَ إلَى مَعْنًى آخَرَ في شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ حَكَيْتُهُ بِلَفْظِهِ وهو أَنَّ عَادَةَ السُّرَّاقِ الْإِقْدَامُ على السَّرِقَةِ في حالِ ((حالة)) الْغَفْلَةِ وَانْتِهَازِ الْفُرْصَةِ في مَوْضِعِ الْخُفْيَةِ وَصَاحِبُ الْحَقِّ لَا يَطَّلِعُ على من شَهِدَ ذلك وَلَا يَعْرِفُهُمْ إلَّا بِهِمْ وَبِخَبَرِهِمْ فإذا كَتَمُوا أَثِمُوا وقد يَعْلَمُ الْمُدَّعِي شُهُودَهُ في غَيْرِ ذلك من الْحُقُوقِ وَيَطْلُبُهَا إذَا احْتَاجَ إلَيْهَا فَكَانُوا في سَعَةٍ من تَأْخِيرِهَا وإذا بَطَلَتْ الشَّهَادَةُ على السَّرِقَةِ بِالتَّقَادُمِ قُبِلَتْ في حَقِّ الْمَالِ لِأَنَّ بُطْلَانَهَا في حَقِّ الْحَدِّ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ فيها وَالْحَدُّ لَا يَثْبُتُ مع الشُّبْهَةِ وَأَمَّا الْمَالُ فَيَثْبُتُ مَعَهَا ثُمَّ التَّقَادُمُ إنَّمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ في الْحُدُودِ الثَّلَاثَةِ إذَا كان التَّقَادُمُ في التَّأْخِيرِ من غَيْرِ عُذْرٍ ظَاهِرٍ فَأَمَّا إذَا كان لِعُذْرٍ ظَاهِرٍ بِأَنْ كان الْمَشْهُودُ عليه في مَوْضِعٍ ليس فيه حَاكِمٌ فَحُمِلَ إلَى بَلَدٍ فيه حَاكِمٌ فَشَهِدُوا عليه جَازَتْ شَهَادَتُهُمْ وَإِنْ تَأَخَّرَتْ لِأَنَّ هذا مَوْضِعُ الْعُذْرِ فَلَا يَكُونُ التَّقَادُمُ فيه مَانِعًا

ثُمَّ لم يُقَدِّرْ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِلتَّقَادُمِ تَقْدِيرًا وَفَوَّضَ ذلك إلَى اجْتِهَادِ كل حَاكِمٍ في زَمَانِهِ فإنه رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال كان أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُوَقِّتُ في التَّقَادُمِ شيئا وَجَهِدْنَا بِهِ أَنْ يُوَقِّتَ فَأَبَى

وأبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَدَّرَاهُ بِشَهْرٍ فَإِنْ كان شَهْرًا أو أَكْثَرَ فَهُوَ مُتَقَادِمٌ وَإِنْ كان دُونَ شَهْرٍ فَلَيْسَ بِمُتَقَادِمٍ لِأَنَّ الشَّهْرَ أَدْنَى الْأَجَلِ فَكَانَ ما دُونَهُ في حُكْمِ الْعَاجِلِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ التَّأْخِيرَ قد يَكُونُ لِعُذْرٍ وَالْأَعْذَارُ في اقْتِضَاءِ التَّأْخِيرِ مُخْتَلِفَةٌ فَتَعَذَّرَ التَّوْقِيتُ فيه مفوض ((ففوض)) إلَى اجْتِهَادِ الْقَاضِي فِيمَا يُعَدُّ إبْطَاءً وما لَا يُعَدُّ

وإذا لم تُقْبَلْ شَهَادَةُ الشُّهُودِ بِزِنًا مُتَقَادِمٍ هل يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ حَكَى الْحَسَنُ بن زِيَادٍ أَنَّهُمْ يُحَدُّونَ وَتَأْخِيرُهُمْ مَحْمُولٌ على اخْتِيَارِ جِهَةِ السَّتْرِ فَخَرَجَ كَلَامُهُمْ عن كَوْنِهِ شَهَادَةً فَبَقِيَ قَذْفًا فَيُوجِبُ الْحَدَّ

وقال الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عليهم الْحَدُّ وَهَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ أَنَّهُ لَا حَدَّ عليهم لِأَنَّ تَأْخِيرَهُمْ وَإِنْ أَوْرَثَ تُهْمَةً وَشُبْهَةً في الشَّهَادَةِ فَأَصْلُ الشَّهَادَةِ بَاقٍ فلما اُعْتُبِرَتْ الشُّبْهَةُ في إسْقَاطِ حَدِّ الزِّنَا عن الْمَشْهُودِ عليه فَلَأَنْ تُعْتَبَرَ حَقِيقَةُ الشَّهَادَةِ لِإِسْقَاطِ حَدِّ الْقَذْفِ عن الشُّهُودِ أَوْلَى

وَمِنْهَا قِيَامُ الرَّائِحَةِ وَقْتَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ في حَدِّ الشُّرْبِ في قَوْلِهِمَا
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ليس بِشَرْطٍ وَالْحُجَجُ سَتَأْتِي في مَوْضِعِهَا
وَمِنْهَا عَدَدُ الْأَرْبَعِ في الشُّهُودِ في حَدِّ الزِّنَا لِقَوْلِهِ عز اسْمُهُ { وَاَللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ من نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ } وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَاَلَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ } وَقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { لَوْلَا جاؤوا عليه بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ } وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ أَحَدُ نَوْعَيْ الْحُجَّةِ فَيُعْتَبَرُ بِالنَّوْعِ الْآخَرِ وهو الْإِقْرَارُ وَهُنَاكَ عَدَدُ الْأَرْبَعِ شَرْطٌ
كَذَا هَهُنَا بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُدُودِ فإن عَدَدَ الْأَقَارِيرِ الْأَرْبَعِ لم يُشْتَرَطْ فيها فَكَذَا عَدَدُ الْأَرْبَعِ من الشُّهُودِ وَلِأَنَّ اشْتِرَاطَ عَدَدِ الْأَرْبَعِ في الشَّهَادَةِ يَثْبُتُ مَعْدُولًا بِهِ عن الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ وَالنَّصُّ وَرَدَ في الزِّنَا خَاصَّةً فَإِنْ شَهِدَ على الزِّنَا أَقَلُّ من أَرْبَعَةٍ لم تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ لِنُقْصَانِ الْعَدَدِ الْمَشْرُوطِ وَهَلْ يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ قال أَصْحَابُنَا يُحَدُّونَ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا جَاءُوا مَجِيءَ الشُّهُودِ لم يُحَدُّوا
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا شَهِدَ ثَلَاثَةٌ وقال الرَّابِعُ رَأَيْتُهُمَا في لِحَافٍ وَاحِدٍ ولم يَزِدْ عليه أَنَّهُ يُحَدُّ الثَّلَاثَةُ عِنْدَنَا وَلَا حَدَّ على الرَّابِعِ لِأَنَّهُ لم يَقْذِفْ إلَّا إذَا كان قال في الِابْتِدَاءِ أَشْهَدُ أَنَّهُ قد زَنَى ثُمَّ فَسَّرَ الزِّنَا بِمَا ذَكَرَ فَحِينَئِذٍ يُحَدُّ
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُمْ إذَا جَاءُوا مَجِيءَ الشُّهُودِ كان قَصْدُهُمْ إقَامَةَ الشَّهَادَةِ حِسْبَةً لِلَّهِ تَعَالَى لَا الْقَذْفَ فلم يَكُنْ جِنَايَةً فلم يَكُنْ قَذْفًا
وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ ثَلَاثَةً شَهِدُوا على مُغِيرَةَ بِالزِّنَا فَقَامَ الرَّابِعُ وقال رأيت أَقْدَامًا بَادِيَةً وَنَفَسًا عَالِيًا وَأَمْرًا مُنْكَرًا وَلَا أَعْلَمُ ما وَرَاءَ ذلك
فقال سيدنا (((سي))) عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه الْحَمْدُ لِلَّهِ الذي لم يَفْضَحْ رَجُلًا من أَصْحَابِ مُحَمَّدٍ وَحَدَّ الثَّلَاثَةَ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ الْكِرَامِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ الْمَوْجُودَ من الشُّهُودِ كَلَامُ قَذْفٍ حَقِيقَةً إذْ الْقَذْفُ هو النِّسْبَةُ إلَى الزِّنَا وقد وُجِدَ من الشُّهُودِ حَقِيقَةً فَيَدْخُلُونَ تَحْتَ آيَةِ الْقَذْفِ إلَّا أَنَّا اعْتَبَرْنَا تَمَامَ عَدَدِ الْأَرْبَعِ إذَا جَاءُوا مَجِيءَ الشُّهُودِ فَقَدْ قَصَدُوا إقَامَةَ الْحِسْبَةِ وَاجِبًا حَقًّا لِلَّهِ

تَعَالَى فَخَرَجَ كَلَامُهُمْ عن كَوْنِهِ قَذْفًا وَصَارَ شَهَادَةً شَرْعًا فَعِنْدَ النُّقْصَانِ بَقِيَ قَذْفًا حَقِيقَةً فَيُوجِبُ الْحَدَّ
وَلَوْ شَهِدَ ثَلَاثَةٌ على الزِّنَا وَشَهِدَ رَابِعٌ على شَهَادَةِ غَيْرِهِ تُحَدُّ الثَّلَاثَةُ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ صَارَتْ قَذْفًا لِنُقْصَانِ الْعَدَدِ وَلَا حَدَّ على الرَّابِعِ لِأَنَّهُ لم يَقْذِفْ بَلْ حَكَى قَذْفَ غَيْرِهِ
وَلَوْ عُلِمَ أَنَّ أَحَدَ الْأَرْبَعِ عَبْدٌ أو مُكَاتَبٌ أو صَبِيٌّ أو أَعْمَى أو مَحْدُودٌ في قَذْفٍ حُدُّوا جميعا لِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْعَبْدَ لَيْسَتْ لَهُمَا أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ أَصْلًا وَرَأْسًا فَانْتُقِصَ الْعَدَدُ فَصَارَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا وَالْأَعْمَى وَالْمَحْدُودُ في الْقَذْفِ لَيْسَتْ لهم أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ أو إنْ كانت لهم أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ تَحَمُّلًا وَسَمَاعًا فَقَصُرَتْ أَهْلِيَّتُهُمَا لِلشَّهَادَةِ فَانْتُقِصَ الْعَدَدُ فَصَارَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا
وَسَوَاءٌ عُلِمَ ذلك قبل الْقَضَاءِ أو بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ وَإِنْ عُلِمَ ذلك بَعْدَ الْإِمْضَاءِ فَإِنْ كان الْحَدُّ جَلْدًا فَكَذَلِكَ يُحَدُّونَ وَلَا يَضْمَنُونَ أَرْشَ الضَّرْبِ في

قَوْلِ أبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ في بَيْتِ الْمَالِ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَاتِ وَإِنْ كان رَجْمًا لَا يُحَدُّونَ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ كَلَامَهُمْ وَقَعَ قَذْفًا وَمَنْ قَذَفَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ الْمَقْذُوفُ سَقَطَ الْحَدُّ وَتَكُونُ الدِّيَةُ في بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ الْخَطَأَ حَصَلَ من الْقَاضِي وَخَطَأُ الْقَاضِي على بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَبَيْتُ الْمَالِ مَالُ الْمُسْلِمِينَ

وَلَوْ شَهِدَ الزَّوْجُ وَثَلَاثَةُ نَفَرٍ حُدَّ الثَّلَاثَةُ ولا عن الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ لِأَنَّ قَذْفَ الزَّوْجِ يُوجِبُ اللِّعَانَ لَا الْحَدَّ فَانْتُقِصَ الْعَدَدُ في حَقِّ الْبَاقِينَ فَصَارَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا فَيُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ

وَلَوْ عُلِمَ أَنَّ الشُّهُودَ الْأَرْبَعَةَ عَبِيدٌ أو كُفَّارٌ أو مَحْدُودُونَ في قَذْفٍ أو عُمْيَانٌ يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ وَإِنْ عُلِمَ أَنَّهُمْ فُسَّاقٌ لَا يُحَدُّونَ وَالْفَرْقُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَبْدَ وَالْكَافِرَ لَا شَهَادَةَ لَهُمَا أَصْلًا وَالْأَعْمَى وَالْمَحْدُودُ في الْقَذْفِ لَهُمَا شَهَادَةٌ سَمَاعًا وَتَحَمُّلًا لَا أَدَاءً فَكَانَ كَلَامُهُمْ قَذْفًا

وَالْفَاسِقُ له شَهَادَةٌ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا سَمَاعًا وإذا كان كَلَامُ الْفَاسِقِ شَهَادَةً لَا قَذْفًا

فَلَا يُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ

وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ ادَّعَى الْمَشْهُودُ عليه أَنَّ أَحَدَ الشُّهُودِ الْأَرْبَعَةِ عَبْدٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ حتى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ حُرٌّ لِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال الناس أَحْرَارٌ إلَّا في أَرْبَعٍ الشَّهَادَةِ وَالْقِصَاصِ وَالْعَقْلِ وَالْحُدُودِ وَالْمَعْنَى فيه ما ذَكَرْنَا في غَيْرِ مَوْضِعٍ

وَمِنْهَا اتِّحَادُ الْمَجْلِسِ وهو أَنْ يَكُونَ الشُّهُودُ مُجْتَمِعِينَ في مَجْلِسٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَإِنْ جَاءُوا مُتَفَرِّقِينَ يَشْهَدُونَ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَيُحَدُّونَ وَإِنْ كَثُرُوا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ كَلَامَهُمْ قَذْفٌ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا يَخْرُجُ عن كَوْنِهِ قَذْفًا شَرْعًا بِشَرْطِ أَنْ يَكُونُوا مُجْتَمِعِينَ في مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَقْتَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فإذا انْعَدَمَتْ هذه الشَّرِيطَةُ بَقِيَ قَذْفًا فَيُوجِبُ الْحَدَّ حتى لو جَاءُوا مُجْتَمِعِينَ أو مُتَفَرِّقِينَ وَقَعَدُوا في مَوْضِعِ الشُّهُودِ في نَاحِيَةٍ من الْمَسْجِدِ ثُمَّ جَاءُوا وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ وَشَهِدُوا جَازَتْ شَهَادَتُهُمْ لِوُجُودِ اجْتِمَاعِهِمْ في مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَقْتَ الشَّهَادَةِ إذْ الْمَسْجِدُ كُلُّهُ مَجْلِسٌ وَاحِدٌ وَإِنْ كَانُوا خَارِجِينَ من الْمَسْجِدِ فَجَاءَ وَاحِدٌ منهم وَدَخَلَ الْمَسْجِدَ وَشَهِدَ ثُمَّ جاء الثَّانِي وَالثَّالِثُ وَالرَّابِعُ يُضْرَبُونَ الْحَدَّ وَإِنْ كَانُوا مِثْلَ رَبِيعَةَ وَمُضَرَ

هَكَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال لو جاء رَبِيعَةُ وَمُضَرُ فُرَادَى لَحَدَدْتُهُمْ عن آخِرِهِمْ وَإِنَّمَا قال ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه أَحَدٌ منهم فَيَكُونُ إجْمَاعًا منهم

وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ عليه بِالزِّنَا مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ منه الْوَطْءُ فَإِنْ كان مِمَّنْ لَا يُتَصَوَّرُ منه كَالْمَجْبُوبِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَيُحَدُّونَ حَدَّ الْقَذْفِ

وَلَوْ كان الْمَشْهُودُ عليه خَصِيًّا أو عِنِّينًا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ وَيُحَدُّ لِتَصَوُّرِ الزِّنَا مِنْهُمَا لِقِيَامِ الْآلَةِ بِخِلَافِ الْمَجْبُوبِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ عليه بِالزِّنَا مِمَّنْ يَقْدِرُ على دَعْوَى الشُّبْهَةِ فَإِنْ كان مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ كَالْأَخْرَسِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ لِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّهُ لو كان قَادِرًا لَادَّعَى شُبْهَةً

وَلَوْ كان الْمَشْهُودُ عليه بِالزِّنَا أَعْمَى قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ لِأَنَّ الْأَعْمَى قَادِرٌ على دَعْوَى الشُّبْهَةِ لو كانت عِنْدَهُ شُبْهَةٌ

وَلَوْ شَهِدُوا بِالزِّنَا ثُمَّ قالوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ إلَى فَرْجِهَا لَا تُبْطَلُ شَهَادَتُهُمْ لِأَنَّ أَدَاءَ

الشَّهَادَةِ لَا بُدَّ له من التَّحَمُّلِ وَلَا بُدَّ لِلتَّحَمُّلِ من النَّظَرِ إلَى عَيْنِ الْفَرْجِ وَيُبَاحُ لهم النَّظَرُ إلَيْهَا لِقَصْدِ إقَامَةِ الْحِسْبَةِ كما يُبَاحُ لِلطَّبِيبِ لِقَصْدِ الْمُعَالَجَةِ
وَلَوْ قالوا نَظَرْنَا مُكَرَّرًا بَطَلَتْ شَهَادَتُهُمْ لِأَنَّهُ سَقَطَتْ عَدَالَتُهُمْ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا اتِّحَادُ المشهود (((الشهود))) وهو أَنْ يُجْمِعَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعَةُ على فِعْلٍ وَاحِدٍ فَإِنْ اخْتَلَفُوا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى في مَكَانِ كَذَا وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى في مَكَان آخَرَ وَالْمَكَانَانِ مُتَبَايِنَانِ بِحَيْثُ يَمْتَنِعُ أَنْ يَقَعَ فيها (((فيهما))) فِعْلٌ وَاحِدٌ عَادَةً كَالْبَلَدَيْنِ وَالدَّارَيْنِ وَالْبَيْتَيْنِ لَا تُقْبَل شَهَادَتُهُمْ وَلَا حَدَّ على الْمَشْهُودِ عليه لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِفِعْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لِاخْتِلَافِ الْمَكَانَيْنِ وَلَيْسَ

على أَحَدِهِمَا شَهَادَةُ الْأَرْبَعِ وَلَا حَدَّ على الشُّهُودِ أَيْضًا عِنْدَ أَصْحَابِنَا وَعِنْدَ زُفَرَ يُحَدُّونَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ عَدَدَ الشُّهُودِ قد انْتَقَصَ لِأَنَّ كُلَّ فَرِيقٍ شَهِدَ بِفِعْلٍ غَيْرِ الذي شَهِدَ بِهِ الْفَرِيقُ الْآخَرُ وَنُقْصَانُ عَدَدِ الشُّهُودِ يُوجِبُ صَيْرُورَةَ الشَّهَادَةِ قَذْفًا كما لو شَهِدَ ثَلَاثَةٌ بِالزِّنَا
وَلَنَا أَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ لم يَخْتَلِفْ عِنْدَ الشُّهُودِ لِأَنَّ عِنْدَهُمْ أَنَّ هذا زِنًا وَاحِدٌ وَإِنَّمَا وَقَعَ اخْتِلَافُهُمْ في الْمَكَانِ فَثَبَتَ بِشَهَادَتِهِمْ شُبْهَةُ اتِّحَادِ الْفِعْلِ فَيَسْقُطُ الْحَدُّ
وَعَلَى هذا إذَا اخْتَلَفُوا في الزَّمَانِ فَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بها في يَوْمِ كَذَا وَاثْنَانِ في يَوْمٍ آخَرَ
وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى في هذه الزَّاوِيَةِ من الْبَيْتِ وَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى في هذه الزَّاوِيَةِ الْأُخْرَى منه يُحَدُّ الْمَشْهُودُ عليه لِجَوَازِ أَنَّ ابْتِدَاءَ الْفِعْلِ وَقَعَ في هذه الزَّاوِيَةِ من الْبَيْتِ وَانْتِهَاؤُهُ في زَاوِيَةٍ أُخْرَى منه لِانْتِقَالِهِمَا منه
وَاضْطِرَابِهِمَا فلم يَخْتَلِفْ الْمَشْهُودُ بِهِ فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ حتى لو كان الْبَيْتُ كَبِيرًا لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْتَيْنِ
وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ فَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ اسْتَكْرَهَهَا وَاثْنَانِ أنها طَاوَعَتْهُ لَا حَدَّ على الْمَرْأَةِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ إلَّا بِالزِّنَا طَوْعًا ولم تَثْبُتْ الطَّوَاعِيَةُ في حَقِّهَا
وَأَمَّا الرَّجُلُ فَلَا حَدَّ عليه أَيْضًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يُحَدُّ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ زِنَا الرَّجُلِ عن طَوْعٍ ثَبَتَ بِشَهَادَةِ الْأَرْبَعِ إلَّا أَنَّهُ تَفَرَّدَ اثْنَانِ منهم بِإِثْبَاتِ زِيَادَةِ الْإِكْرَاهِ منه وَأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الْحَدِّ كما لو زنا بها مُسْتَكْرَهَةً وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ الْمَشْهُودَ قد اخْتَلَفَ لِأَنَّ فِعْلَ الْمُكْرَهِ غَيْرُ فِعْلِ من ليس بِمُكْرَهٍ فَقَدْ شَهِدُوا بِفِعْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَلَيْسَ على أَحَدِهِمَا شَهَادَةُ الْأَرْبَعِ فَلَا يُحَدُّ الْمَشْهُودُ عليه وَلَا الشُّهُودُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ خِلَافًا لِزُفَرَ
وقد مَرَّ الْكَلَامُ فيه في اخْتِلَافِهِمْ في الْمَكَانِ وَالزَّمَانِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
ثُمَّ الشُّهُودُ إذَا اسْتَجْمَعُوا شَرَائِطَ صِحَّةِ الشَّهَادَةِ وَشَهِدُوا عِنْدَ الْقَاضِي سَأَلَهُمْ الْقَاضِي عن الزِّنَا ما هو وَكَيْفَ هو وَمَتَى زنا وَأَيْنَ زنا وَبِمَنْ زنا أَمَّا السُّؤَالُ عن مَاهِيَّةِ الزِّنَا فَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا بِهِ غير الزِّنَا الْمَعْرُوفِ لِأَنَّ اسْمَ الزِّنَا

يَقَعُ على أَنْوَاعٍ لَا تُوجِبُ الْحَدَّ
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْعَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَالْيَدَانِ تَزْنِيَانِ وَالرِّجْلَانِ تَزْنِيَانِ وَالْفَرْجُ يُصَدِّقُ ذلك كُلَّهُ أو يُكَذِّبُهُ
وَأَمَّا السُّؤَالُ عن الْكَيْفِيَّةِ فَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا بِهِ الْجِمَاعَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ لِأَنَّ ذلك يُسَمَّى جِمَاعًا حَقِيقَةً أو مَجَازًا فإنه لَا يُوجِبُ الْحَدَّ
وَأَمَّا السُّؤَالُ عن الزَّمَانِ فَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُمْ شَهِدُوا بِزِنًا مُتَقَادِمٍ وَالتَّقَادُمُ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ بِالزِّنَا
وَأَمَّا السُّؤَالُ عن الْمَكَانِ فَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ زنا في دَارِ الْحَرْبِ أو في دَارِ الْبَغْيِ وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ
وَأَمَّا السُّؤَالُ عن الْمَزْنِيِّ بها فَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ الْمَوْطُوءَةُ مِمَّنْ لَا يَجِبُ الْحَدُّ بِوَطْئِهَا كَجَارِيَةِ الِابْنِ وَغَيْرِ ذلك فإذا سَأَلَهُمْ الْقَاضِي عن هذه الْجُمْلَةِ فَوَصَفُوا سَأَلَ الْمَشْهُودَ عليه أَهُوَ مُحْصَنٌ أَمْ لَا فَإِنْ أَنْكَرَ الْإِحْصَانَ وَشَهِدَ على الْإِحْصَانِ رَجُلَانِ أو رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ على الِاخْتِلَافِ سَأَلَ الشُّهُودَ عن الْإِحْصَانِ ما هو لِأَنَّ له شَرَائِطَ يَجُوزُ أَنْ تَخْفَى على الشُّهُودِ فإذا وَصَفُوا قُضِيَ بِالرَّجْمِ
وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْإِحْصَانِ أَنَّهُ جَامَعَهَا أو بَاضَعَهَا صَارَ مُحْصَنًا لِأَنَّ هذه اللَّفْظَ في الْعُرْفِ مُسْتَعْمَلٌ في الْوَطْءِ في الْفَرْجِ
وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُ دخل بها صَارَ مُحْصَنًا وَهَذَا وَقَوْلُهُ جَامَعَهَا سَوَاءٌ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِيرُ مُحْصَنًا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا اللَّفْظَ يُسْتَعْمَلُ في الْوَطْءِ وَيُسْتَعْمَلُ في الزِّفَافِ فَلَا يَثْبُتُ الْإِحْصَانُ مع الِاحْتِمَالِ
وَلَهُمَا أَنَّ الدُّخُولَ بِالْمَرْأَةِ في عُرْفِ اللُّغَةِ وَالشَّرْعِ يُرَادُ بِهِ الْوَطْءُ
قال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { وَرَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي في حُجُورِكُمْ من نِسَائِكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ } حَرَّمَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الرَّبِيبَةَ بِشَرْطِ الدُّخُولِ بِأُمِّهَا فَعُلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ من الدُّخُولِ هو الْوَطْءُ لِأَنَّهَا تُحَرَّمُ بِمُجَرَّدِ نِكَاحِ الْأُمِّ من غَيْرِ وَطْءٍ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ الِاخْتِلَافَ على الْقَلْبِ فقال على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِيرُ مُحْصَنًا ما لم يُصَرِّحْ بِالْوَطْءِ
وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِيرُ مُحْصَنًا
وَلَوْ شَهِدُوا على الدُّخُولِ وكان له منها وَلَدٌ هو مُحْصَنٌ بِالْإِجْمَاعِ وَكَفَى بِالْوَلَدِ شَاهِدًا
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمْ
وَأَمَّا شَرَائِطُ الْإِقْرَارِ بِالْحَدِّ فَمِنْهَا مايعم الْحُدُودَ كُلَّهَا وَمِنْهَا ما يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ
أَمَّا الذي يَعُمُّ الْحُدُودَ كُلَّهَا فَمِنْهَا الْبُلُوغُ فَلَا يَصِحُّ إقْرَارُ الصَّبِيِّ في شَيْءٍ من الْحُدُودِ لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الْحَدِّ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ جِنَايَةً وَفِعْلُ الصَّبِيِّ لَا يُوصَفُ بِكَوْنِهِ جِنَايَةً فَكَانَ إقْرَارُهُ كَذِبًا مَحْضًا
وَمِنْهَا النُّطْقُ وهو أَنْ يَكُونَ الْإِقْرَارُ بِالْخِطَابِ وَالْعِبَارَةِ دُونَ الْكِتَابِ وَالْإِشَارَةِ حتى إنَّ الْأَخْرَسَ لو كَتَبَ الْإِقْرَارَ في كِتَابٍ أو أَشَارَ إلَيْهِ إشَارَةً مَعْلُومَةً لَا حَدَّ عليه لِأَنَّ الشَّرْعَ عَلَّقَ وُجُوبَ الْحَدِّ بِالْبَيَانِ الْمُتَنَاهِي
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَقَرَّ

بِالْوَطْءِ الْحَرَامِ لَا يُقَامُ عليه الْحَدُّ ما لم يُصَرِّحْ بِالزِّنَا وَالْبَيَانُ لَا يَتَنَاهَى إلَّا بِالصَّرِيحِ وَالْكِتَابَةِ وَالْإِشَارَةُ بِمَنْزِلَةِ الْكِتَابَةِ فَلَا يُوجِبُ الْحَدَّ
وَأَمَّا الْبَصَرُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْإِقْرَارِ فَيَصِحُّ إقْرَارُ الْأَعْمَى في الْحُدُودِ كُلِّهَا كَالْبَصِيرِ لِأَنَّ الْأَعْمَى لَا يَمْنَعُ مُبَاشَرَةَ سَبَبِ وُجُوبِهَا
وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ وَالذُّكُورَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ حتى يَصِحَّ إقْرَارُ الرَّقِيقِ وَالذِّمِّيِّ وَالْمَرْأَةِ في جَمِيعِ الْحُدُودِ
وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَصِحُّ إقْرَارُ الْعَبْدِ بِشَيْءٍ من أَسْبَابِ الْحُدُودِ من غَيْرِ تَصْدِيقِ الْمَوْلَى
وَالْكَلَامُ في التَّصْدِيقِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ فَمِنْهَا عَدَدُ الْأَرْبَعِ في حَدِّ الزِّنَا خَاصَّةً وهو أَنْ يُقِرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ وَهَذَا عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ عليه الرَّحْمَةُ ليس بِشَرْطٍ ويكتفي بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْإِقْرَارَ إنَّمَا صَارَ حُجَّةً في الشَّرْعِ لِرُجْحَانِ جَانِبِ الصِّدْقِ فيه على جَانِبِ الْكَذِبِ
وهذا الْمَعْنَى عِنْدَ التَّكْرَارِ وَالتَّوَحُّدِ سَوَاءٌ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إخْبَارٌ وَالْخَبَرُ لَا يَزِيدُ رُجْحَانًا بِالتَّكْرَارِ وَلِهَذَا لم يُشْتَرَطْ في سَائِرِ الْحُدُودِ بِخِلَافِ عَدَدِ الْمُثَنَّى في الشَّهَادَةِ لِأَنَّ ذلك يُوجِبُ زِيَادَةَ ظَنٍّ عليه فيها إلَّا أَنَّ شَرْطَ الْعَدَدِ الْأَرْبَعِ في بَابِ الزِّنَا تعبدا (((تعبد))) فَيَقْتَصِرُ على مَوْضِعِ التَّعَبُّدِ
وَلَنَا أَنَّ الْقِيَاسَ ما قَالَهُ إلَّا أَنَّا تَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِالنَّصِّ وهو ما رُوِيَ أَنَّ مَاعِزًا جاء إلَى رسول اللَّهِ فَأَقَرَّ بِالزِّنَا فَأَعْرَضَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِوَجْهِهِ الْكَرِيمِ هَكَذَا إلَى الْأَرْبَعِ
فَلَوْ كان الْإِقْرَارُ مَرَّةً مُظْهِرًا لِلْحَدِّ لَمَا أَخَّرَهُ رسول اللَّهِ إلَى الْأَرْبَعِ لِأَنَّ الْحَدَّ بَعْدَ ما ظَهَرَ وُجُوبُهُ لِلْإِمَامِ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْخِيرَ
وَأَمَّا الْعَدَدُ في الْإِقْرَارِ بِالْقَذْفِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ بِالْإِجْمَاعِ وَهَلْ يُشْتَرَطُ في الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إن (((إنه))) كل ما يَسْقُطُ بِالرُّجُوعِ فَعَدَدُ الْإِقْرَارِ فيه كَعَدَدِ الشُّهُودِ
وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أبو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ أن عِنْدَ أبي يُوسُفَ يُشْتَرَطُ الْإِقْرَارُ مَرَّتَيْنِ في مَكَانَيْنِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ حَدَّ السَّرِقَةِ وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى كَحَدِّ الزِّنَا فَيَلْزَمُ مُرَاعَاةُ الِاحْتِيَاطِ فيه بِاشْتِرَاطِ الْعَدَدِ كما في الزِّنَا إلَّا أَنَّهُ يكتفي هَهُنَا بِالْمَرَّتَيْنِ وَيُشْتَرَطُ الْأَرْبَعُ هُنَاكَ اسْتِدْلَالًا بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّ السَّرِقَةَ وَالشُّرْبَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبُتُ بِنِصْفِ ما يَثْبُتُ بِهِ الزِّنَا وهو شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ فَكَذَلِكَ الْإِقْرَارُ
وَلَهُمَا أَنَّ الْأَصْلَ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ التَّكْرَارُ في الْإِقْرَارِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ إخْبَارٌ وَالْمُخْبَرُ لَا يَزْدَادُ بِتَكْرَارِ الْخَبَرِ وَإِنَّمَا عَرَفْنَا عَدَدَ الْأَرْبَعِ في بَابِ الزِّنَا بِنَصٍّ غَيْرِ مَعْقُولِ الْمَعْنَى فَيَقْتَصِرُ على مَوْرِدِ النَّصِّ
وَمِنْهَا عَدَدُ الْمَجَالِسِ فيه وهو أَنْ يُقِرَّ أَرْبَعَ مَجَالِسَ
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ في أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مَجَالِسُ الْقَاضِي أو مَجَالِسُ الْمُقِرِّ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مَجَالِسُ الْمُقِرِّ
وَهَكَذَا رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مَجَالِسُ الْمُقِرِّ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اعْتَبَرَ اخْتِلَافَ مَجَالِسِ مَاعِزٍ حَيْثُ كان يَخْرُجُ من الْمَسْجِدِ في كل مَرَّةٍ ثُمَّ

يَعُودُ وَمَجْلِسُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لم يَخْتَلِفْ وقد رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ في تَفْسِيرِ اخْتِلَافِ مَجَالِسِ الْمُقِرِّ هو أَنْ يُقِرَّ مَرَّةً ثُمَّ يَذْهَبُ حتى يَتَوَارَى عن بَصَرِ الْقَاضِي ثُمَّ يَجِيءُ فَيُقِرُّ ثُمَّ يَذْهَبُ هَكَذَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ إقْرَارُهُ بين يَدَيْ الْإِمَامِ فَإِنْ كان عِنْدَ غَيْرِهِ لم يَجُزْ إقْرَارُهُ لِأَنَّ إقْرَارَ مَاعِزٍ كان عِنْدَ رسول اللَّهِ

وَلَوْ أَقَرَّ في غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي وَشَهِدَ الشُّهُودُ على إقْرَارِهِ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ لِأَنَّهُ إنْ كان مُقِرًّا فَالشَّهَادَةُ لَغْوٌ لِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْإِقْرَارِ لَا لِلشَّهَادَةِ وَإِنْ كان مُنْكِرًا فَالْإِنْكَارُ منه رُجُوعٌ

وَالرُّجُوعُ عن الْإِقْرَارِ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ حَقًّا لِلَّهِ عز وجل صَحِيحٌ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الصِّحَّةُ في الْإِقْرَارِ بِالزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ حتى لو كان سَكْرَانَ لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ

أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِأَنَّ السَّكْرَانَ من صَارَ بِالشُّرْبِ إلَى حَالٍ لَا يَعْقِلُ قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا فَكَانَ عَقْلُهُ زَائِلًا مَسْتُورًا حَقِيقَةً وَأَمَّا على أَصْلِهِمَا فَلِأَنَّهُ إذَا غَلَبَ الْهَذَيَانُ على كَلَامِهِ فَقَدْ ذَهَبَتْ مَنْفَعَةُ الْعَقْلِ وَلِهَذَا لم تَصِحَّ رِدَّتُهُ فَيُورِثُ ذلك شُبْهَةً في وُجُوبِ الْحَدِّ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ في الْإِقْرَارِ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِأَنَّ الْقِصَاصَ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ وَلِلْعَبْدِ حَقٌّ في حَدِّ الْقَذْفِ فَيَصِحُّ مع السُّكْرِ كَالْإِقْرَارِ بِالْمَالِ وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ

وإذا صَحَّا فَإِنْ دَامَ على إقْرَارِهِ تُقَامُ عليه الْحُدُودُ كُلُّهَا وَإِنْ أنكر (((أنكره))) فَالْإِنْكَارُ منه رُجُوعٌ فَيَصِحُّ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ وهو حَدُّ الزِّنَا وَالشُّرْبِ وَالسَّرِقَةِ في حد (((حق))) الْقَطْعِ وَلَا يَصِحُّ في الْقَذْفِ وَالْقَتْلِ الْعَمْدِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْإِقْرَارُ بِالزِّنَا مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ وُجُودُ الزِّنَا منه فَإِنْ كان لَا يُتَصَوَّرُ كَالْمَجْبُوبِ لم يَصِحَّ إقْرَارُهُ لِأَنَّ الزِّنَا لَا يُتَصَوَّرُ منه لِانْعِدَامِ

الْآلَةِ

وَيَصِحُّ إقْرَارُ الْخَصِيِّ وَالْعِنِّينِ لِتَصَوُّرِ الزِّنَا مِنْهُمَا لِتَحَقُّقِ الْآلَةِ وَاَلَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ إذَا أَقَرَّ في حَالِ إفَاقَتِهِ فَهُوَ مِثْلُ الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ في حَالِ إفَاقَتِهِ صَحِيحٌ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَزْنِيُّ بِهِ فِي الْإِقْرَارِ بِالزِّنَا مِمَّنْ يَقْدِرُ على دَعْوَى الشُّبْهَةِ فَإِنْ لم يَكُنْ بِأَنْ أَقَرَّ رَجُلٌ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ خَرْسَاءَ أو أَقَرَّتْ امْرَأَةٌ أنها زَنَتْ بِأَخْرَسَ لم يَصِحَّ إقْرَارُهُ لِأَنَّ من الْجَائِزِ أن لو كان يَقْدِرُ على النُّطْقِ لَادَّعَى النِّكَاحَ أو أَنْكَرَ الزِّنَا ولم يَدَّعِ شيئا فيندرىء (((فيندرئ))) عنه الْحَدُّ لِمَا ذكر (((نذكر))) في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَأَمَّا حَضْرَةُ الْمَزْنِيِّ بها في الْإِقْرَارِ بِالزِّنَا وَالشَّهَادَةِ عليه فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ حتى لو أَقَرَّ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ غَائِبَةٍ أو شَهِدَ عليه الشُّهُودُ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ غَائِبَةٍ صَحَّ الْإِقْرَارُ وَقُبِلَتْ الشَّهَادَةُ وَيُقَامُ الْحَدُّ على الرَّجُلِ لِأَنَّ الْغَائِبَ بِالْغَيْبَةِ ليس إلَّا الدَّعْوَى وأنها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ وَلِهَذَا رُجِمَ مَاعِزٌ من غَيْرِ شَرْطِ حُضُورِ تِلْكَ الْمَرْأَةِ

وَكَذَلِكَ الْعِلْمُ بِالْمَزْنِيِّ بها

ثُمَّ إذَا صَحَّ إقْرَارُهُ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ غَائِبَةٍ يَعْرِفُهَا فَحَضَرَتْ الْمَرْأَةُ فَلَا يَخْلُو إمَّا إن حَضَرَتْ قبل إقَامَةِ الْحَدِّ على الرَّجُلِ وَإِمَّا إن حَضَرَتْ بَعْدَ الْإِقَامَةِ فَإِنْ حَضَرَتْ بَعْدَ الْإِقَامَةِ فَإِنْ أَقَرَّتْ بِمِثْلِ ما أَقَرَّ بِهِ الرَّجُلُ تُحَدُّ أَيْضًا كما حُدَّ الرَّجُلُ وَإِنْ أَنْكَرَتْ وَادَّعَتْ على الرَّجُلِ حَدَّ الْقَذْفِ لَا يُحَدُّ الرَّجُلُ حَدَّ الْقَذْفِ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عليه حَدَّانِ وقد أُقِيمَ أَحَدُهُمَا فَلَا يُقَامُ الْآخَرُ

وَإِنْ حَضَرَتْ قبل إقَامَةِ الْحَدِّ على الرَّجُلِ فَإِنْ أَنْكَرَتْ الزِّنَا وَادَّعَتْ النِّكَاحَ أو لم تَدَّعِ وَادَّعَتْ حَدَّ الْقَذْفِ على الرَّجُلِ أو لم تَدَّعِ فَحُكْمُهُ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَالْعِلْمُ بِالْمَزْنِيِّ بها ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْإِقْرَارِ حتى لو قال زَنَيْتُ بِامْرَأَةٍ وَلَا أَعْرِفُهَا صَحَّ إقْرَارُهُ وَيُحَدُّ وَالْعِلْمُ بِالْمَشْهُودِ بِهِ شَرْطُ صِحَّةِ الشَّهَادَةِ حتى لو شَهِدَ الشُّهُودُ على رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ وَقَالُوا لَا نَعْرِفُهَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَلَا يُقَامُ الْحَدُّ على الْمَشْهُودِ عليه

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمُقِرَّ في الْإِقْرَارِ على نَفْسِهِ يَبْنِي الْأَمْرَ على حَقِيقَةِ الْحَالِ خُصُوصًا في الزِّنَا فَكَانَ إقْرَارُهُ إخْبَارًا عن وُجُودِ الزِّنَا منه حَقِيقَةً إلَّا أَنَّهُ لم يَعْرِفْ اسْمَ الْمَرْأَةِ وَنَسَبَهَا وَذَا لَا يُورِثُ شُبْهَةً

فَأَمَّا الشَّاهِدُ فإنه بِشَهَادَتِهِ بَنَى الْأَمْرَ على الظَّاهِرِ لَا على الْحَقِيقَةِ لِقُصُورِ عِلْمِهِ عن الْوُصُولِ إلَى الْحَقِيقَةِ

فَقَوْلُهُمْ لَا نَعْرِفُ تِلْكَ الْمَرْأَةِ يُورِثُ شُبْهَةً لِجَوَازِ أنها امْرَأَتُهُ أو امْرَأَةٌ له فيها شُبْهَةُ حِلٍّ أو مِلْكٍ فَهُوَ الْفَرْقُ

وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا عَدَمُ التَّقَادُمِ فَهَلْ هو شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْإِقْرَارِ بِالْحَدِّ أَمَّا في حَدِّ الْقَذْفِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِأَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ لِقَبُولِ الشَّهَادَةِ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَكُونَ شَرْطًا لِصِحَّةِ الْإِقْرَارِ وَكَذَلِكَ في حَدِّ الزِّنَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ كما في الشَّهَادَةِ

وَلَنَا الْفَرْقُ بين الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ وهو أَنَّ الْمَانِعَ في الشَّهَادَةِ تَمَكُّنُ التُّهْمَةِ وَالضَّغِينَةِ وَهَذَا لَا يُوجَدُ في الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ غَيْرُ مُتَّهَمٍ في الْإِقْرَارِ على نَفْسِهِ

وَكَذَا في حَدِّ السَّرِقَةِ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا في حَدِّ الشُّرْبِ فَشَرْطٌ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ بِنَاءً على أَنَّ قِيَامَ الرَّائِحَةِ شَرْطُ صِحَّةِ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ عِنْدَهُمَا وَلِهَذَا لَا يَبْقَى مع التَّقَادُمِ وَعِنْدَهُ ليس بِشَرْطٍ وَلَوْ لم يَتَقَادَمْ الْعَهْدُ وَلَكِنَّ رِيحَهَا لَا يُوجَدُ منه لم يَصِحَّ الْإِقْرَارُ عِنْدَهُمَا خِلَافًا له

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ ليس بِمَنْصُوصٍ عليه في الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِنَّمَا عُرِفَ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ وَإِجْمَاعُهُمْ لَا يَنْعَقِدُ بِدُونِ عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه ولم تثبت (((يثبت))) فَتْوَاهُ عِنْدَ زَوَالِ الرَّائِحَةِ فإنه رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جاء بِابْنِ أَخٍ له إلَى عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه فَاعْتَرَفَ عِنْدَهُ بِشُرْبِ الْخَمْرِ فقال له عبد اللَّهِ بِئْسَ وَلِيُّ الْيَتِيمِ أنت لَا أَدَّبْتَهُ صَغِيرًا وَلَا سَتَرْتَ عليه كَبِيرًا

ثُمَّ قال رضي اللَّهُ عنه تَلْتِلُوهُ وَمَزْمِزُوهُ وَاسْتَنْكِهُوهُ فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الْخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ وَأَفْتَى رضي اللَّهُ عنه بِالْحَدِّ عِنْدَ وُجُودِ الرَّائِحَةِ ولم يَثْبُتْ فَتْوَاهُ عِنْدَ عَدَمِهَا وإذا لم يَثْبُتْ فَلَا يَنْعَقِدُ الْإِجْمَاعُ بِدُونِهِ فَلَا يَجِبُ بِدُونِهِ لِأَنَّ وُجُوبَهُ بِالْإِجْمَاعِ وَلَا إجْمَاعَ ثُمَّ إنَّمَا تُعْتَبَرُ الرَّائِحَةُ إذَا لم يَكُنْ سَكْرَانَ فَأَمَّا إذَا كان سكران (((سكرانا))) فَلَا لِأَنَّ السُّكْرَ أَدَلُّ على الشُّرْبِ من الرَّائِحَةِ

وَلِذَلِكَ لو جِيءَ بِهِ من مَكَان بَعِيدٍ لَا تَبْقَى الرَّائِحَةُ بِالْمَجِيءِ من مِثْلِهِ عَادَةً يُحَدُّ

وَإِنْ لم تُوجَدْ الرَّائِحَةُ لِلْحَالِ لِأَنَّ هذا مَوْضِعُ الْعُذْرِ فَلَا يُعْتَبَرُ قِيَامُ الرَّائِحَةِ فيه وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وإذا أَقَرَّ إنْسَانٌ بِالزِّنَا عِنْدَ الْقَاضِي يَنْبَغِي أَنْ يُظْهِرَ الْكَرَاهَةَ أو يَطْرُدَهُ
وَكَذَا في الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ
هَكَذَا فُعِلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِمَاعِزٍ
وَكَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال اُطْرُدُوا الْمُعْتَرِفِينَ أَيْ بِالزِّنَا
فإذا أَقَرَّ أَرْبَعًا نُظِرَ في حَالِهِ أَهُوَ صَحِيحُ الْعَقْلِ أَمْ بِهِ آفَةٌ
هَكَذَا قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِمَاعِزٍ أَبِكَ خَبَلٌ أَمْ بِكَ جُنُونٌ وَبَعَثَ إلَى قَوْمِهِ فَسَأَلَهُمْ عن حَالِهِ فإذا عُرِفَ أَنَّهُ صَحِيحُ الْعَقْلِ سَأَلَهُ عن مَاهِيَّةِ الزِّنَا وَعَنْ كَيْفِيَّتِهِ وَعَنْ مَكَانِهِ وَعَنْ الْمَزْنِيِّ بها لِمَا ذَكَرْنَا في الشَّهَادَةِ

وَلَا يَسْأَلُهُ عن الزَّمَانِ لِأَنَّ السُّؤَالَ عن الزَّمَانِ لِمَكَانِ احْتِمَالِ التَّقَادُمِ وَالتَّقَادُمُ في الْإِقْرَارِ وَإِنَّمَا يَقْدَحُ في الشَّهَادَةِ وَيَجُوزُ أَنْ يَسْأَلَ عن الزَّمَانِ أَيْضًا لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ زَنَى في حَالِ الصِّغَرِ فإذا بَيَّنَ ذلك كُلَّهُ سَأَلَهُ عن حَالِهِ أَهُوَ مُحْصَنٌ أَمْ لَا لِأَنَّ حُكْمَ الزِّنَا يَخْتَلِفُ بِالْإِحْصَانِ وَعَدَمِهِ
فَإِنْ قال أنا مُحْصَنٌ سَأَلَهُ عن مَاهِيَّةِ الْإِحْصَانِ أَنَّهُ ما هو لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عن اجْتِمَاعِ شَرَائِطَ لَا يَقْدِرُ عليها كُلُّ أَحَدٍ فإذا بَيَّنَ رَجَمَهُ
وَأَمَّا عِلْمُ الْقَاضِي فَلَا يَظْهَرُ بِهِ حَدُّ الزِّنَا وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ وَالسَّرِقَةِ حتى لَا يَقْضِيَ بِشَيْءٍ من ذلك بِعِلْمِهِ لَكِنَّهُ يَقْضِي بِالْمَالِ في السَّرِقَةِ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِعِلْمِهِ في الْأَمْوَالِ سَوَاءٌ عَلِمَ بِذَلِكَ قبل زَمَانِ الْقَضَاءِ وَمَكَانِهِ أو بَعْدَهُمَا بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِذَلِكَ مُعَايَنَةً بِأَنْ رَأَى إنْسَانًا يَزْنِي وَيَشْرَبُ وَيَسْرِقُ أو بِسَمَاعِ الْإِقْرَارِ بِهِ في غَيْرِ مَجْلِسِهِ الذي يَقْضِي فيه بين الناس فَإِنْ كان إقْرَارُهُ في مَجْلِسِ الْقَضَاءِ لَزِمَهُ مُوجِبُ إقْرَارِهِ إذْ لو لم يُقْبَلْ إقْرَارُهُ لَاحْتَاجَ الْقَاضِي إلَى أَنْ يَكُونَ معه جَمَاعَةٌ على الْإِقْرَارِ في كل حَادِثَةٍ وَإِجْمَاعُ الْأُمَّةِ بِخِلَافِهِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَيَظْهَرُ بِهِ حَدُّ الْقَذْفِ في زَمَانِ الْقَضَاءِ وَمَكَانِهِ كَالْقِصَاصِ وَسَائِرِ الْحُقُوقِ وَالْأَمْوَالِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا في ظُهُورِ ذلك بِعِلْمِهِ في غَيْرِ زَمَانِ الْقَضَاءِ وَمَكَانِهِ وقد ذَكَرْنَا جُمْلَةَ ذلك بِدَلَائِلِهِ في كِتَابِ آدَابِ الْقَاضِي
وَلَا يَظْهَرُ حَدُّ السَّرِقَةِ بِالنُّكُولِ لَكِنَّهُ يَقْضِي بِالْمَالِ لِأَنَّ النُّكُولَ إمَّا بَدَلٌ وَإِمَّا إقْرَارٌ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ وَالْحَدُّ لَا يَحْتَمِلُ الْبَدَلَ وَلَا يَثْبُتُ بِالشُّبْهَةِ وَالْمَالُ يَحْتَمِلُ الْبَدَلَ وَالثُّبُوتَ بِالشُّبْهَةِ
وَأَمَّا الْخُصُومَةُ فَهَلْ هِيَ شَرْطُ ثُبُوتِ الْحَدِّ بِالشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ فَلَا خِلَافَ في أنها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ في حَدِّ الزِّنَا وَالشُّرْبِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ عز وجل
وَالْخُصُومَةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ في الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِلَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهَا تُقَامُ حِسْبَةً لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يَتَوَقَّفُ ظُهُورُهَا على دَعْوَى الْعَبْدِ وَلَا خِلَافَ في حَدِّ السَّرِقَةِ أَنَّ الْخُصُومَةَ فيها شَرْطُ الظُّهُورِ بِالشَّهَادَةِ لِأَنَّ حَدَّ السَّرِقَةِ وَإِنْ كان حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى خَالِصًا لَكِنْ هذا الْحَقُّ لَا يَثْبُتُ إلَّا بَعْدَ كَوْنِ الْمَسْرُوقِ مِلْكًا لِلْمَسْرُوقِ منه وَلَا يَظْهَرُ ذلك إلَّا بِالْخُصُومَةِ وفي كَوْنِهَا شَرْطَ الظُّهُورِ بِالْإِقْرَارِ خِلَافٌ

ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَلَا خِلَافَ أَيْضًا في أنها شَرْطُ الظُّهُورِ بِالشَّهَادَةِ على الْقَذْفِ وَالْإِقْرَارِ بِهِ
أَمَّا على أَصْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ فَيُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى كما في سَائِرِ حُقُوقِ الْعِبَادِ
وَعِنْدَنَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ وَإِنْ كان هو الْمُغَلَّبُ فيه لَكِنْ لِلْعَبْدِ فيه حَقٌّ لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ بِصِيَانَةِ عِرْضِهِ عن الْهَتْكِ فَيُشْتَرَطُ فيه الدَّعْوَى عن هذه الْجِهَةِ
وإذا عُرِفَ أَنَّ الْخُصُومَةَ في حَدِّ الْقَذْفِ شَرْطُ كَوْنِ النِّيَّةِ وَالْإِقْرَارِ مُظْهِرَيْنِ فيه فَيَقَعُ الْكَلَامُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ الْأَحْكَامِ التي تَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَى وَالْخُصُومَةِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ من يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ وَمَنْ لَا يَمْلِكُهَا
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللَّهِ تَعَالَى الْأَفْضَلُ لِلْمَقْذُوفِ أَنْ يَتْرُكَ الْخُصُومَةَ لِأَنَّ فيها إشَاعَةَ الْفَاحِشَةِ وهو مَنْدُوبٌ إلَى تَرْكِهَا
وَكَذَا الْعَفْوُ عن الْخُصُومَةِ وَالْمُطَالَبَةِ التي هِيَ حَقُّهَا من بَابِ الْفَضْلِ وَالْكَرَامَةِ وقد قال اللَّهُ تَعَالَى { وَأَنْ تعفوا (((تعفو))) أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى } وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَا تَنْسَوْا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ }
وإذا رُفِعَ إلَى الْقَاضِي يُسْتَحْسَنُ لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ قبل الْإِتْيَانِ بِالْبَيِّنَةِ أَعْرِضْ عن هذا لِأَنَّهُ نَدْبٌ إلَى السَّتْرِ وَالْعَفْوِ
وَكُلُّ ذلك حَسَنٌ
فإذا لم يَتْرُكْ الْخُصُومَةَ وَادَّعَى الْقَذْفَ على الْقَاذِفِ فَأَنْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي فَأَرَادَ اسْتِحْلَافَهُ بِاَللَّهِ تَعَالَى ما قَذَفَهُ هل يَحْلِفُ
ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا
خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى
وَذَكَرَ في أدب (((آداب))) الْقَاضِي أَنَّهُ يَحْلِفُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عِنْدَهُمْ وإذا نَكِلَ يقضى عليه بِالْحَدِّ
وقال بَعْضُهُمْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَحْلِفَ فإذا نَكِلَ يقضي عليه بِالتَّعْزِيرِ لَا بِالْحَدِّ
وَهَذِهِ الْأَقَاوِيلُ تَرْجِعُ إلَى أَصْلٍ وهو أَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَدُّ الْقَذْفِ خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ فَيَجْرِي فيه الِاسْتِحْلَافُ كما في سَائِرِ حُقُوقِ الْعِبَادِ
وَأَمَّا على أَصْلِ أَصْحَابِنَا فَفِيهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عز وجل وَحَقُّ الْعَبْدِ فَمَنْ قال منهم إنَّهُ يَحْلِفُ وَيَقْضِي بِالْحَدِّ عِنْدَ النُّكُولِ اعْتَبَرَ ما فيه من حَقِّ الْعَبْدِ فَأَلْحَقَهُ في التَّحْلِيفِ بِالتَّعْزِيرِ
وَمَنْ قال منهم إنَّهُ لَا يَحْلِفُ أَصْلًا اعْتَبَرَ حَقَّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فيه لِأَنَّهُ الْمُغَلَّبُ فَأَلْحَقَهُ بِسَائِرِ حُقُوقِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْخَالِصَةِ وَالْجَامِعُ أَنَّ الْمَقْصُودَ من الِاسْتِحْلَافِ هو النُّكُولُ وَأَنَّهُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ بَدَلٌ وَالْحَدُّ لَا يَحْتَمِلُ الْبَدَلَ
وَعَلَى أَصْلِهِمَا إقْرَارٌ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِأَنَّهُ ليس بِصَرِيحِ إقْرَارٍ بَلْ هو إقْرَارٌ بِطَرِيقِ السُّكُوتِ فَكَانَ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ وَالْحَدُّ لَا يَثْبُتُ بِدَلِيلٍ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ

وَمَنْ قال منهم إنَّهُ يَحْلِفَ ويقضى عليه بِالتَّعْزِيرِ عِنْدَ النُّكُولِ

دُونَ الْحَدِّ اعْتَبَرَ حَقَّ الْعَبْدِ فيه لِلِاسْتِحْلَافِ كَالتَّعْزِيرِ وَاعْتَبَرَ حَقَّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لِلْمَنْعِ من إقَامَةِ الْحَدِّ عِنْدَ النُّكُولِ كَسَائِرِ الْحُدُودِ
وَمِثْلُ هذا جَائِزٌ كَحَدِّ السَّرِقَةِ إنه يَجْرِي فيه الِاسْتِحْلَافُ وَلَا يَقْضِي عِنْدَ النُّكُولِ بِالْحَدِّ وَلَكِنْ يَقْضِي بِالْمَالِ وَكَمَا قال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ عَلَيْهِمَا الرَّحْمَةُ في الْقِصَاصِ في الطَّرَفِ وَالنَّفْسِ إنَّهُ يَحْلِفُ وَعِنْدَ النُّكُولِ لَا يقضى بِالْقِصَاصِ بَلْ بِالدِّيَةِ على ما عُرِفَ
وَإِنْ قال الْمُدَّعِي لي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ في الْمِصْرِ على قَذْفِهِ يُحْبَسُ الْمُدَّعَى عليه الْقَذْفُ إلَى قِيَامِ الْحَاكِمِ من مَجْلِسِهِ وَالْمُرَادُ من الْحَبْسِ الْمُلَازَمَةُ
أَيْ يُقَالُ لِلْمُدَّعِي لَازِمْهُ إلَى هذا الْوَقْتِ فَإِنْ أَحْضَرَ الْبَيِّنَةَ فيه وَإِلَّا خُلِّيَ سَبِيلُهُ وَلَا يُؤْخَذُ منه كَفِيلٌ بِنَفْسِهِ
هذا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يُؤْخَذُ منه الْكَفِيلُ
وَهَذَا بِنَاءً على أَنَّ الْكَفَالَةَ في الْحُدُودِ غَيْرُ جَائِزَةٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ حَيْثُ قال في الْكِتَابِ وَلَا كَفَالَةَ في حَدٍّ وَلَا قِصَاصٍ
وَعِنْدَهُمَا يُكْفَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ
وَذَكَرَ الْجَصَّاصُ في تَفْسِيرِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ مَعْنَاهُ لَا يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ جَبْرًا
فَأَمَّا إذَا بَذَلَ من نَفْسِهِ وَأَعْطَى الْكَفِيلَ فَهُوَ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ وَظَاهِرُ إطْلَاقِ الْكِتَابِ يَدُلُّ على عَدَمِ الْجَوَازِ عِنْدَهُ لِأَنَّ كَلِمَةَ النَّفْيِ إذَا دَخَلَتْ على الْأَفْعَالِ الشَّرْعِيَّةِ يُرَادُ بها نَفْيُ الْجَوَازِ من الْأَصْلِ كما في قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا صَلَاةَ إلَّا بِطَهُورٍ وَلَا نِكَاحَ إلَّا بِشُهُودٍ وَنَحْوِ ذلك
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْحَبْسَ جَائِزٌ في الْحُدُودِ فَالْكَفَالَةُ أَوْلَى لِأَنَّ مَعْنَى الْوَثِيقَةِ في الْحَبْسِ أَبْلَغُ منه في الْكَفَالَةِ فلما جَازَ الْحَبْسُ فَالْكَفَالَةُ أَحَقُّ بِالْجَوَازِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْكَفَالَةَ شُرِعَتْ لِلِاسْتِيثَاقِ وَالْحُدُودُ مَبْنَاهَا على الدَّرْءِ وَالْإِسْقَاطِ
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ادْرَءُوا الْحُدُودَ ما اسْتَطَعْتُمْ فَلَا يُنَاسِبُهَا الِاسْتِيثَاقُ بِالْكَفَالَةِ بِخِلَافِ الْحَبْسِ فإن الْحَبْسَ لِلتُّهْمَةِ مَشْرُوعٌ
رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَبَسَ رَجُلًا بِالتُّهْمَةِ
وقد ثَبَتَتْ التُّهْمَةُ في هذه الْمَسْأَلَةِ بِقَوْلِهِ لي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ في الْمِصْرِ فَجَازَ الْحَبْسُ فإذا أَقَامَ الْمُدَّعِي شَاهِدَيْنِ لَا يَعْرِفُهُمَا الْقَاضِي أَيْ لم تَظْهَرْ عَدَالَتُهُمَا بَعْدَ الْحَبْسِ فَلَا خِلَافَ وَلَا يُؤْخَذُ منه كَفِيلٌ
وَإِنْ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا عَدْلًا حُبِسَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يُحْبَسُ وَيُؤْخَذُ منه كَفِيلٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْحَقَّ لَا يَظْهَرُ بِقَوْلِ الْوَاحِدِ وَإِنْ كان عَدْلًا فَالْحَبْسُ من أَيْنَ بِخِلَافِ الشَّاهِدَيْنِ فإن سَبَبَ ظُهُورِ الْحَقِّ قد وُجِدَ وهو كَمَالُ عَدَدِ الْحُجَّةِ إلَّا أَنَّ تَوَقُّفَ الظُّهُورِ لِتَوَقُّفِ ظُهُورِ الْعَدَالَةِ فَثَبَتَتْ الشُّبْهَةُ فَيُحْبَسُ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ قَوْلَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَإِنْ كان لَا يُوجِبُ الْحَقَّ فإنه يُوجِبُ التُّهْمَةَ وَحَبْسُ الْمُتَّهَمِ جَائِزٌ
وَلَوْ قال الْمُدَّعِي لَا بَيِّنَةَ لي أو بَيِّنَتِي غَائِبَةٌ أو خَارِجُ الْمِصْرِ لَا يُحْبَسُ بِالْإِجْمَاعِ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ فَإِنْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ لِلْمَقْذُوفِ على الْقَذْفِ أو أَقَرَّ الْقَاذِفُ بِهِ فإن الْقَاضِيَ يقول له أَقِمْ الْبَيِّنَةَ على صِحَّةِ قَذْفِكَ فَإِنْ أَقَامَ أَرْبَعَةً من الشُّهُودِ على مُعَايَنَةِ الزِّنَا من الْمَقْذُوفِ أو على إقْرَارِهِ بِالزِّنَا سَقَطَ الْحَدُّ عن الْقَاذِفِ وَيُقَامُ حَدُّ الزِّنَا على الْمَقْذُوفِ وَإِنْ عَجَزَ عن إقَامَةِ الْبَيِّنَةِ يُقِيمُ حَدَّ الْقَذْفِ على الْقَاذِفِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً } وَإِنْ طَلَبَ التَّأْجِيلَ من الْقَاضِي وقال

شُهُودِي غُيَّبٌ أو خَارِجُ الْمِصْرِ لم يُؤَجِّلْهُ
وَلَوْ قال شُهُودِي في الْمِصْرِ أَجَّلَهُ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَلَازَمَهُ الْمَقْذُوفُ وَيُقَالُ له ابْعَثْ أَحَدًا إلَى شُهُودِكَ فَأَحْضِرْهُمْ وَلَا يُؤْخَذُ منه كَفِيلٌ بِنَفْسِهِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا يُؤَجَّلُ يَوْمَيْنِ أو ثَلَاثَةً وَيُؤْخَذُ منه الْكَفِيلُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا في إخْبَارِهِ أَنَّ له بَيِّنَةٌ في الْمِصْرِ وَرُبَّمَا لَا يُمْكِنُهُ الْإِحْضَارُ في ذلك الْوَقْتِ فَيَحْتَاجُ إلَى التَّأْخِيرِ إلَى الْمَجْلِسِ الثَّانِي وَأَخْذِ الْكَفِيلِ لِئَلَّا يُفَوِّتَ حَقَّهُ عَسَى
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ في التَّأْجِيلِ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ الثَّانِي مَنْعًا من اسْتِيفَاءِ الْحَدِّ بَعْدَ ظُهُورِهِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ التَّأْخِيرِ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ لِأَنَّ ذلك الْقَدْرَ لَا يُعَدُّ تَأْجِيلًا وَلَا مَنْعًا من اسْتِيفَاءِ الْحَدِّ بَعْدَ ظُهُورِهِ
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا ادَّعَى أَنَّ له بَيِّنَةً حَاضِرَةً في الْمِصْرِ ولم يَجِدْ أَحَدًا يَبْعَثُهُ إلَى الشُّهُودِ فإن الْقَاضِيَ يَبْعَثُ معه من الشُّرَطِ من يَحْفَظُهُ وَلَا يَتْرُكْهُ حتى يُقِرَّ فَإِنْ لم يَجِدْ ضُرِبَ الْحَدَّ
وَلَوْ ضُرِبَ بَعْضَ الْحَدِّ ثُمَّ أَقَامَ الْقَاذِفُ الْبَيِّنَةَ على صِدْقِ مَقَالَتِهِ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَسَقَطَتْ بَقِيَّةُ الْجَلَدَاتِ وَلَا تَبْطُلُ شَهَادَتُهُ وَيُقَامُ حَدُّ الزِّنَا على الْمَقْذُوفِ كما لو أَقَامَهَا قبل أَنْ يُضْرَبَ الْحَدَّ أَصْلًا وَلَوْ ضُرِبَ الْحَدَّ بِتَمَامِهِ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على زِنَا الْمَقْذُوفِ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَيَظْهَرُ أَثَرُ الْقَبُولِ في جَوَازِ شَهَادَةِ الْقَاذِفِ وَأَنْ لَا يَصِيرَ مَرْدُودَ الشَّهَادَةِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَكُنْ

مَحْدُودًا في الْقَذْفِ حَقِيقَةً حَيْثُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَقْذُوفَ لم يَكُنْ مُحْصَنًا لِأَنَّ من شَرَائِطِ الْإِحْصَانِ الْعِفَّةُ عن الزِّنَا وقد ظَهَرَ زِنَاهُ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ فلم يَصِرْ الْقَاذِفُ مَرْدُودَ الشَّهَادَةِ وَلَا يَظْهَرُ أَثَرُ قَبُولِ هذه الشَّهَادَةِ في إقَامَةِ حَدِّ الزِّنَا على الْمَقْذُوفِ لِأَنَّ مَعْنَى الْقَذْفِ قد تَقَرَّرَ بِإِقَامَةِ الْحَدِّ على الْقَاذِفِ
وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا فقال يا ابْنَ الزَّانِيَةِ ثُمَّ ادَّعَى الْقَاذِفُ أَنَّ أُمَّ الْمَقْذُوفِ أَمَةٌ أو نَصْرَانِيَّةٌ وَالْمَقْذُوفُ يقول هِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَاذِفِ وَعَلَى الْمَقْذُوفِ إقَامَةُ الْبَيِّنَةِ على الْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ
وَكَذَلِكَ لو قَذَفَ إنْسَانًا في نَفْسِهِ ثُمَّ ادَّعَى الْقَاذِفُ أَنَّ الْمَقْذُوفَ عَبْدٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَاذِفِ
وَكَذَلِكَ لو قال الْقَاذِفُ أنا عَبْدٌ وَعَلَيَّ حَدُّ الْعَبْدِ وقال الْمَقْذُوفُ أَنْت حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَاذِفِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ وَإِنْ كان هو الْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ دَارُ الْأَحْرَارِ لَكِنَّ الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ لِلْإِلْزَامِ على الْغَيْرِ فَلَا بُدَّ من الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ فِيمَنْ قَذَفَ أُمَّ رَجُلٍ فَإِنْ كان الْقَاضِي يَعْرِفُ أُمَّهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً جَلَدَ الْقَاذِفَ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالْإِسْلَامَ يَثْبُتَانِ بِالْبَيِّنَةِ فَعِلْمُ الْقَاضِي أَوْلَى لِأَنَّهُ فَوْقَ الْبَيِّنَةِ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالْإِسْلَامَ من شَرَائِطِ الْإِحْصَانِ وَالْإِحْصَانُ شَرْطُ الْوُجُوبِ وَالْقَاضِي يَقْضِي بِعِلْمِهِ بِسَبَبِ وُجُوبِ هذا الْحَدِّ فَلَأَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ بِشَرْطِ الْوُجُوبِ أَوْلَى
فَإِنْ لم يَعْلَمْ الْقَاضِي حَبَسَهُ في السِّجْنِ حتى يَأْتِيَ بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ منه الْقَذْفُ وَأَنَّهُ يُوجِبُ الْعُقُوبَةَ سَوَاءٌ كان الْمَقْذُوفُ أُمَّهُ حُرَّةً أو أَمَةً فَجَازَ أَنْ

يَسْتَوْثِقَ منه بِالْحَبْسِ وَإِنْ لم تُقَمْ بَيِّنَتُهُ أَخَذَ منه كَفِيلًا أو أَخْرَجَهُ وَأَخَذَ الْكَفِيلَ على مَذْهَبِهِ
فَأَمَّا على مَذْهَبِ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَلَا يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ على ما بَيَّنَّا وَلَا يُعَزِّرُهُ لِأَنَّ التَّعْزِيرَ من الْقَاضِي حُكْمٌ بِإِبْطَالِ إحْصَانِ الْمَقْذُوفِ لِأَنَّ قَذْفَ الْمُحْصَنِ يُوجِبُ الْحَدَّ لَا التَّعْزِيرَ وَلَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِإِبْطَالِ الْإِحْصَانِ
وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ على الْقَذْفِ وَاخْتَلَفَا في مَكَانِ الْقَذْفِ أو زَمَانِهِ بِأَنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قُذِفَ في مَكَانِ كَذَا وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قُذِفَ في مَكَان آخَرَ أو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قُذِفَ يوم الْخَمِيسِ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قُذِفَ يوم الْجُمُعَةِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا وَوَجَبَ الْحَدُّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه وَعِنْدَهُمَا لَا تُقْبَلُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِقَذْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لِأَنَّ الْقَذْفَ في هذا الْمَكَانِ وَالزَّمَانِ يُخَالِفُ الْقَذْفَ في مَكَانٍ آخَرَ وَزَمَانٍ آخَرَ فَقَدْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَذْفٍ غَيْرِ الْقَذْفِ الذي شَهِدَ بِهِ الْآخَرُ وَلَيْسَ على أَحَدِهِمَا شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ فَلَا يَثْبُتُ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اخْتِلَافَ مَكَانِ الْقَذْفِ وَزَمَانِهِ لَا يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْقَذْفِ لِجَوَازِ أَنَّهُ كَرَّرَ الْقَذْفَ الْوَاحِدَ في مَكَانَيْنِ وَزَمَانَيْنِ
لِأَنَّ الْقَذْفَ من بَابِ الْكَلَامِ وَالْكَلَامُ مِمَّا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ وَالْإِعَادَةَ وَالْمُعَادُ عَيْنُ الْأَوَّلِ حُكْمًا وَإِنْ كان غَيْرَهُ حَقِيقَةً فَكَانَ الْقَذْفُ وَاحِدًا فَقَدْ اجْتَمَعَ عليه شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ
وَإِنْ اتَّفَقَا في الْمَكَانِ وَالزَّمَانِ وَاخْتَلَفَا في الْإِنْشَاءِ وَالْإِقْرَارِ بِأَنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهُ في هذا الْمَكَانِ يوم الْجُمُعَةِ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَذَفَهُ في هذا الْمَكَانِ يوم الْجُمُعَةِ لَا تُقْبَلُ وَلَا حَدَّ عليه في قَوْلِهِمْ جميعا اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ تُقْبَلَ وَيُحَدُّ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ اخْتِلَافَ كَلَامِهِمَا في الْإِنْشَاءِ وَالْإِقْرَارِ لَا يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْقَذْفِ كما إذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِإِنْشَاءِ الْبَيْعِ وَالْآخَرُ بِالْإِقْرَارِ بِهِ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا كَذَا هذا
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِنْشَاءَ مع الْإِقْرَارِ أَمْرَانِ مُخْتَلِفَانِ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْإِنْشَاءَ إثْبَاتُ أَمْرٍ لم يَكُنْ وَالْإِقْرَارَ إخْبَارٌ عن أَمْرٍ كان فَكَانَا مُخْتَلِفَيْنِ حَقِيقَةً فَكَانَ الْمَشْهُودُ بِهِ مُخْتَلِفًا وَلَيْسَ على أَحَدِهِمَا شاهدين (((شاهدان))) فَلَا تُقْبَلُ
وَنَظِيرُهُ من قال لِامْرَأَتِهِ زَنَيْتِ قبل أَنْ أَتَزَوَّجَكِ فَعَلَيْهِ اللِّعَانُ لَا الْحَدُّ
وَلَوْ قال لها قَذَفْتُكِ بِالزِّنَا قبل أَنْ أَتَزَوَّجَكِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ لَا اللِّعَانُ لِأَنَّ قَوْلَهُ زَنَيْتُ إنْشَاءُ الْقَذْفِ فَكَانَ قَاذِفًا لها لِلْحَالِ وَهِيَ لِلْحَالِ زَوْجَتُهُ وَقَذْفُ الزَّوْجِ يُوجِبُ اللِّعَانَ لَا الْحَدَّ
وَقَوْلُهُ قَذَفْتُكِ بِالزِّنَا إقْرَارٌ منه بِقَذْفٍ كان منه قبل التَّزَوُّجِ وَهِيَ كانت أَجْنَبِيَّةً قبل التَّزَوُّجِ وَقَذْفُ الْأَجْنَبِيَّةِ يُوجِبُ الْحَدَّ لَا اللِّعَانَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ وَمَنْ لَا يَمْلِكُهَا فَنَقُولُ وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللَّهِ تَعَالَى الْمَقْذُوفُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ حَيًّا وَقْتَ الْقَذْفِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَيِّتًا فَإِنْ كان حَيًّا فَلَا خُصُومَةَ لِأَحَدٍ سِوَاهُ وَإِنْ كان وَلَدَهُ أو وَالِدَهُ وَسَوَاءٌ كان حَاضِرًا أو غَائِبًا لِأَنَّهُ إذَا كان حَيًّا وَقْتَ الْقَذْفِ كان هو الْمَقْذُوفُ صُورَةً وَمَعْنًى بِإِلْحَاقِ الْعَارِ بِهِ فَكَانَ حَقُّ الْخُصُومَةِ له وَهَلْ تَجُوزُ الْإِنَابَةُ في هذه الْخُصُومَةِ وهو التَّوْكِيلُ بِالْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ
اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فيه عِنْدَهُمَا يَجُوزُ وقال أبو يُوسُفَ

لَا يَجُوزُ وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في كِتَابِ الْوَكَالَةِ
وَلَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيه بِالِاسْتِيفَاءِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَالْمُرَادُ بِذَلِكَ أَنَّ حَضْرَةَ الْمَقْذُوفِ بِنَفْسِهِ شَرْطُ جَوَازِ الِاسْتِيفَاءِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ ليس بِشَرْطٍ وَتَقُومُ حَضْرَةُ الْوَكِيلِ مَقَامَ حَضْرَتِهِ على أَنَّ هذا الْحَدَّ عِنْدَهُ حَدُّ الْمَقْذُوفِ على الْخُلُوصِ فَتَجْرِي فيه النِّيَابَةُ في الْإِثْبَاتِ وَالِاسْتِيفَاءِ جميعا
وَلَنَا أَنَّ الِاسْتِيفَاءَ عِنْدَ غَيْبَةِ الْمُوَكِّلِ بِنَفْسِهِ اسْتِيفَاءٌ مع الشُّبْهَةِ لِجَوَازِ أَنَّهُ لو كان حَاضِرًا لَصَدَّقَ الْقَاذِفَ في قَذْفِهِ وَالْحُدُودُ لَا تُسْتَوْفَى مع الشُّبُهَاتِ
وَلَوْ كان الْمَقْذُوفُ حَيًّا وَقْتَ الْقَذْفِ ثُمَّ مَاتَ قبل الْخُصُومَةِ أو بَعْدَهَا سَقَطَ الْحَدُّ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ بِنَاءً على أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ لَا يُورَثُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يُورَثُ وَسَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ في مَوْضِعِهَا
هذا إذَا كان حَيًّا وَقْتَ الْقَذْفِ
وَأَمَّا إذَا كان مَيِّتًا فَلَا خِلَافَ في أَنَّ لِوَلَدِهِ ذَكَرًا كان أو أُنْثَى وَلِابْنِ ابْنِهِ وَبِنْتِ ابْنِهِ وَإِنْ سَفَلُوا وَلِوَالِدِهِ وَإِنْ عَلَا أَنْ يُخَاصِمَ الْقَاذِفَ في الْقَذْفِ لِأَنَّ مَعْنَى الْقَذْفِ هو إلْحَاقُ الْعَارِ بِالْمَقْذُوفِ وَالْمَيِّتُ ليس بِمَحِلٍّ لِإِلْحَاقِ الْعَارِ بِهِ فلم يَكُنْ مَعْنَى الْقَذْفِ رَاجِعًا إلَيْهِ بَلْ إلَى فُرُوعِهِ وَأُصُولِهِ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمْ الْعَارُ بِقَذْفِ الْمَيِّتِ لِوُجُودِ الْجُزْئِيَّةِ وَالْبَعْضِيَّةِ وَقَذْفُ الْإِنْسَانِ يَكُونُ قَذْفًا لِأَجْزَائِهِ فَكَانَ الْقَذْفُ بِهِمْ من حَيْثُ الْمَعْنَى فَيَثْبُتُ لهم حَقُّ الْخُصُومَةِ لِدَفْعِ الْعَارِ عن أَنْفُسِهِمْ بِخِلَافِ ما إذَا كان الْمَقْذُوفُ حَيًّا وَقْتَ الْقَذْفِ ثُمَّ مَاتَ إنه ليس لِلْوَلَدِ وَالْوَالِدِ حَقُّ الْخُصُومَةِ بَلْ يَسْقُطُ لِأَنَّ الْقَذْفَ أُضِيفَ إلَيْهِ وهو كان مَحِلًّا قَابِلًا لِلْقَذْفِ صُورَةً وَمَعْنًى بِإِلْحَاقِ الْعَارِ بِهِ فَانْعَقَدَ الْقَذْفُ مُوجِبًا حَقَّ الْخُصُومَةِ له خَاصَّةً فَلَوْ انْتَقَلَ إلَى وَرَثَتِهِ لَانْتَقَلَ إلَيْهِمْ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ
وَهَذَا الْحَدُّ لَا يَحْتَمِلُ الْإِرْثَ لِمَا نَذْكُرُ فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً
وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الأخوة وَالْأَخَوَاتِ وَالْأَعْمَامَ وَالْعَمَّاتِ وَالْأَخْوَالَ وَالْخَالَاتِ لَا يَمْلِكُونَ الْخُصُومَةَ
لِأَنَّ الْعَارَ لَا يَلْحَقُهُمْ لِانْعِدَامِ الْجُزْئِيَّةِ وَالْبَعْضِيَّةِ فَالْقَذْفُ لَا يَتَنَاوَلُهُمْ لَا صُورَةً وَلَا مَعْنًى وَكَذَا ليس لِمَوْلَى الْعَتَاقَةِ وِلَايَةُ الْخُصُومَةِ لِأَنَّ الْقَذْفَ لم يَتَنَاوَلْهُ صُورَةً وَمَعْنًى بِإِلْحَاقِ الْعَارِ بِهِ
وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في أَوْلَادِ الْبَنَاتِ أَنَّهُمْ هل يَمْلِكُونَ الْخُصُومَةَ عِنْدَهُمَا يَمْلِكُونَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَمْلِكُونَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ وَلَدَ الْبِنْتِ يُنْسَبُ إلَى أبيه لَا إلَى جَدِّهِ فلم يَكُنْ مَقْذُوفًا مَعْنًى بِقَذْفِ جَدِّهِ
وَلَهُمَا أَنَّ مَعْنَى الْوِلَادِ مَوْجُودٌ وَالنِّسْبَةُ الْحَقِيقِيَّةُ ثَابِتَةٌ بِوَاسِطَةِ أُمِّهِ فَصَارَ مَقْذُوفًا مَعْنًى فَيَمْلِكُ الْخُصُومَةَ وَهَلْ يُرَاعَى فيه التَّرْتِيبُ بِتَقْدِيمِ الْأَقْرَبِ على الْأَبْعَدِ قال أَصْحَابُنَا رضي الله عنهم الثَّلَاثَةُ لَا يُرَاعَى وَالْأَقْرَبُ وَالْأَبْعَدُ سَوَاءٌ فيه حتى كان لِابْنِ الِابْنِ أَنْ يُخَاصِمَ فيه مع قِيَامِ الِابْنِ الصُّلْبِيِّ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُرَاعَى فيه التَّرْتِيبُ وَتَثْبُتُ لِلْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ وَلَيْسَ لِلْأَبْعَدِ حَقُّ الْخُصُومَةِ وَالْمُطَالَبَةِ بِالْقَذْفِ لِإِلْحَاقِ الْعَارِ بِالْمُخَاصِمِ وَلَا شَكَّ أَنَّ عَارَ الْأَقْرَبِ يَزِيدُ على الْأَبْعَدِ فَكَانَ أَوْلَى بِالْخُصُومَةِ
وَلَنَا أَنَّ هذا الْحَقَّ ليس يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ على مَعْنَى أَنَّهُ يَثْبُتُ الْحَقُّ لِلْمَيِّتِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إلَى الْوَرَثَةِ بَلْ يَثْبُتُ لهم ابْتِدَاءً لَا بِطَرِيقِ الِانْتِقَالِ من الْمَيِّتِ إلَيْهِمْ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَيِّتَ بِالْمَوْتِ خَرَجَ عن احْتِمَالِ لُحُوقِ الْعَارِ بِهِ فلم يَكُنْ ثُبُوتُ الْحَقِّ لهم بِطَرِيقِ الْإِرْثِ فَلَا يُرَاعَى فيه الْأَقْرَبُ وَالْأَبْعَدُ وَكَذَا لَا يُرَاعَى فيه

إحْصَانُ الْمُخَاصِمِ بَلْ الشَّرْطُ إحْصَانُ الْمَقْذُوفِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ حتى لو كان الْوَلَدُ أو الْوَالِدُ عَبْدًا أو ذِمِّيًّا فَلَهُ حَقُّ الْخُصُومَةِ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ إحْصَانُ الْمُخَاصِمِ شَرْطٌ وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ وَلَا الْكَافِرِ أَنْ يُخَاصِمَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ إثْبَاتَ حَقِّ الْخُصُومَةِ له لِصَيْرُورَتِهِ مَقْذُوفًا مَعْنًى بِإِضَافَةِ الْقَذْفِ إلَى الْمَيِّتِ وَلَوْ أُضِيفَ إلَيْهِ الْقَذْفُ ابْتِدَاءً لَا يَجِبُ الْحَدُّ فَهَهُنَا أَوْلَى
وَلَنَا أَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ لِعَيْنِ الْقَذْفِ بَلْ لِلُحُوقِ عَارٍ كَامِلٍ بِالْمَقْذُوفِ وَإِنْ كان الْمَيِّتُ مُحْصَنًا فَقَدْ لَحِقَ الْوَلَدَ عَارٌ كَامِلٌ فَلَا يُشْتَرَطُ إحْصَانُهُ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لِلُحُوقِ عَارٍ كَامِلٍ بِهِ وقد لَحِقَهُ بِدُونِهِ
وَلَوْ كان الْوَارِثُ قَتَلَهُ حتى حُرِمَ الْمِيرَاثَ فَلَهُ أَنْ يُخَاصِمَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ هذا الْحَقَّ لَا يَثْبُتُ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ
وَلَوْ قَذَفَ رَجُلٌ أُمَّ ابْنِهِ وَهِيَ مَيِّتَةٌ فَلَيْسَ لِلْوَلَدِ أَنْ يُخَاصِمَ أَبَاهُ لِأَنَّ الْأَبَ لو قَذَفَ وَلَدَهُ وهو حَيٌّ مُحْصَنٌ ليس لِلْوَلَدِ أَنْ يُخَاصِمَ أَبَاهُ تَعْظِيمًا له فَفِي قَذْفِ الْأُمِّ الْمَيِّتَةِ أَوْلَى
وَكَذَلِكَ الْمَوْلَى إذَا قَذَفَ أُمَّ عَبْدِهِ وَهِيَ حُرَّةٌ مَيِّتَةٌ فَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُخَاصِمَ مَوْلَاهُ في الْقَذْفِ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ لَا يَقْدِرُ على شَيْءٍ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَاتُ الْحُدُودِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا خِلَافَ في حَدِّ الزِّنَا وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ وَالسَّرِقَةِ أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْعَفْوَ وَالصُّلْحَ وَالْإِبْرَاءَ بعدما ثَبَتَ بِالْحُجَّةِ لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى خَالِصًا لَا حَقَّ لِلْعَبْدِ فيه فَلَا يَمْلِكُ إسْقَاطَهُ
وَكَذَا يَجْرِي

فيه التَّدَاخُلُ حتى لو زنا مِرَارًا أو شَرِبَ الْخَمْرَ مِرَارًا أو سَكِرَ مِرَارًا لَا يَجِبُ عليه إلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من إقَامَةِ الْحَدِّ هو الزَّجْرُ وَأَنَّهُ يَحْصُلُ بِحَدٍّ وَاحِدٍ فَكَانَ في الثَّانِي وَالثَّالِثِ احْتِمَالُ عَدَمِ حُصُولِ الْمَقْصُودِ فَكَانَ فيه احْتِمَالُ عَدَمِ الْفَائِدَةِ وَلَا يَجُوزُ إقَامَةُ الْحَدِّ مع احْتِمَالِ عَدَمِ الْفَائِدَةِ
وَلَوْ زنا أو شَرِبَ أو سَكِرَ أو سَرَقَ فَحُدَّ ثُمَّ زنا أو شَرِبَ أو سَرَقَ يُحَدُّ ثَانِيًا لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَقْصُودَ لم يَحْصُلْ
وَكَذَا إذَا سَرَقَ سَرِقَاتٍ من أُنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ فَخَاصَمُوا جميعا فَقُطِعَ لهم كان الْقَطْعُ عن السَّرِقَاتِ كُلِّهَا وَالْكَلَامُ في الضَّمَانِ نَذْكُرُهُ في كِتَابِ السَّرِقَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا حَدُّ الْقَذْفِ إذَا ثَبَتَ بِالْحُجَّةِ فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا لَا يَجُوزُ الْعَفْوُ عنه وَالْإِبْرَاءُ وَالصُّلْحُ
وَكَذَلِكَ إذَا عَفَا الْمَقْذُوفُ قبل الْمُرَافَعَةِ أو صَالَحَ على مَالٍ فَذَلِكَ بَاطِلٌ وَيُرَدُّ بدل (((به))) الصُّلْحُ وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بَعْدَ ذلك
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصِحُّ ذلك كُلُّهُ وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَكَذَا يَجْرِي فيه التَّدَاخُلُ عِنْدَنَا حتى لو قَذَفَ إنْسَانًا بِالزِّنَا بِكَلِمَةٍ أو قَذَفَ كُلَّ وَاحِدٍ بِكَلَامٍ على حِدَةٍ لَا يَجِبُ عليه إلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ سَوَاءٌ حَضَرُوا جميعا أو حَضَرَ

وَاحِدٌ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا قَذَفَ كُلَّ وَاحِدٍ بِكَلَامٍ على حِدَةٍ فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَدٌّ على حِدَةٍ وَلَوْ ضُرِبَ الْقَاذِفُ تِسْعَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا ثُمَّ قَذَفَ آخَرَ ضُرِبَ السَّوْطَ الْأَخِيرَ فَقَطْ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يُضْرَبُ السَّوْطَ الْأَخِيرَ لِلْأَوَّلِ وَثَمَانِينَ سَوْطًا آخر لِلثَّانِي
وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا فَحُدَّ ثُمَّ قَذَفَ آخَرَ يُحَدُّ لِلثَّانِي بِلَا خِلَافٍ
وَكَذَا هذا الْحَدُّ لَا يُورَثُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَعِنْدَهُمْ يُورَثُ وَيُقْسَمُ بين الْوَرَثَةِ على فَرَائِضِ اللَّهِ عز شَأْنُهُ في قَوْلٍ وفي قَوْلٍ يُقْسَمُ بين الْوَرَثَةِ إلَّا الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ
وَالْكَلَامُ في هذا الْفَرْعِ بِنَاءً على أَصْلٍ مُخْتَلِفٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ وهو أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أو الْمُغَلَّبُ فيه حَقُّهُ وَحَقُّ الْعَبْدِ مَغْلُوبٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ هو حَقُّ الْعَبْدِ أو الْمُغَلَّبُ حَقُّ الْعَبْدِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ هذا الْحَدِّ هو الْقَذْفُ وَالْقَذْفُ جِنَايَةٌ على عِرْضِ الْمَقْذُوفِ بِالتَّعَرُّضِ وَعِرْضُهُ حَقُّهُ بِدَلِيلِ أَنَّ بَدَلَ نَفْسِهِ حَقُّهُ وهو الْقِصَاصُ في الْعَمْدِ أو الدِّيَةُ في الْخَطَأِ فَكَانَ الْبَدَلُ حَقَّهُ وَالْجَزَاءُ الْوَاجِبُ على حَقِّ الْإِنْسَانِ حَقُّهُ كَالْقِصَاصِ وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِيهِ الدَّعْوَى وَالدَّعْوَى لَا تُشْتَرَطُ في حُقُوقِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى كَسَائِرِ الْحُقُوقِ إلَّا أَنَّهُ لم يُفَوَّضْ اسْتِيفَاؤُهُ إلَى الْمَقْذُوفِ لِأَجْلِ التُّهْمَةِ لِأَنَّ ضَرْبَ الْقَذْفِ أَخَفُّ الضَّرَبَاتِ في الشَّرْعِ فَلَوْ فُوِّضَ إلَيْهِ إقَامَةُ هذا الْحَدِّ فَرُبَّمَا يُقِيمُهُ على وَجْهِ الشِّدَّةِ لِمَا لَحِقَهُ من الْغَيْظِ بِسَبَبِ الْقَذْفِ فَفُوِّضَ اسْتِيفَاؤُهُ إلَى الْإِمَامِ دَفْعًا لِلتُّهْمَةِ لَا لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ
وَلَنَا أَنَّ سَائِرَ الْحُدُودِ إنَّمَا كانت حُقُوقَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى على الْخُلُوصِ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ لِمَصَالِحِ الْعَامَّةِ وَهِيَ دَفْعُ فَسَادٍ يَرْجِعُ إلَيْهِمْ وَيَقَعُ حُصُولُ الصِّيَانَةِ لهم فَحَدُّ الزِّنَا وَجَبَ لِصِيَانَةِ الإبضاع عن التَّعَرُّضِ وَحَدُّ السَّرِقَةِ وَقَطْعِ الطَّرِيقِ وَجَبَ لِصِيَانَةِ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ عن الْقَاصِدِينَ وَحَدُّ الشُّرْبِ وَجَبَ لِصِيَانَةِ الْأَنْفُسِ وَالْأَمْوَالِ وَالْأَبْضَاعِ في الْحَقِيقَةِ بِوَاسِطَةِ صِيَانَةِ الْعُقُولِ عن الزَّوَالِ وَالِاسْتِتَارِ بِالسُّكْرِ وَكُلُّ جِنَايَةٍ يَرْجِعُ فَسَادُهَا إلَى الْعَامَّةِ وَمَنْفَعَةُ جَزَائِهَا يَعُودُ إلَى الْعَامَّةِ كان الْجَزَاءُ الْوَاجِبُ بها حَقَّ اللَّهِ عز شَأْنُهُ على الْخُلُوصِ تَأْكِيدًا لِلنَّفْعِ وَالدَّفْعِ كيلا يَسْقُطَ بِإِسْقَاطِ الْعَبْدِ وهو مَعْنَى نِسْبَةِ هذه الْحُقُوقِ إلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ في حَدِّ الْقَذْفِ لِأَنَّ مَصْلَحَةَ الصِّيَانَةِ وَدَفْعَ الْفَسَادِ يَحْصُلُ لِلْعَامَّةِ بِإِقَامَةِ هذا الْحَدِّ فَكَانَ حَقَّ اللَّهِ عز شَأْنُهُ على الْخُلُوصِ كَسَائِرِ الْحُدُودِ إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ شَرَطَ فِيهِ الدَّعْوَى من الْمَقْذُوفِ وَهَذَا لَا يَنْفِي كَوْنَهُ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ على الْخُلُوصِ كَحَدِّ السَّرِقَةِ أَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ عز شَأْنُهُ وَإِنْ كانت الدَّعْوَى من الْمَسْرُوقِ منه شَرْطًا ثُمَّ نَقُولُ إنَّمَا شُرِطَ فيه الدَّعْوَى وَإِنْ كان خَالِصَ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى عز اسْمُهُ لِأَنَّ الْمَقْذُوفَ يُطَالِبُ الْقَاذِفَ ظَاهِرًا وغالبا دَفْعًا لِلْعَارِ عن نَفْسِهِ فَيَحْصُلُ ما هو الْمَقْصُودُ من شَرْعِ الْحَدِّ كما في السَّرِقَةِ وَلِأَنَّ حُقُوقَ الْعِبَادِ تَجِبُ بِطَرِيقِ الْمُمَاثَلَةِ إمَّا صُورَةً وَمَعْنًى وَإِمَّا مَعْنًى لَا صُورَةً لِأَنَّهَا تَجِبُ بِمُقَابَلَةِ الْمَحَلِّ جَبْرًا وَالْجَبْرُ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالْمِثْلِ وَلَا مُمَاثَلَةَ بين الْحَدِّ وَالْقَذْفِ لَا صُورَةً وَلَا مَعْنًى فَلَا يَكُونُ حَقَّهُ
وَأَمَّا حُقُوقُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فَلَا يُعْتَبَرُ فيها الْمُمَاثَلَةُ لِأَنَّهَا تَجِبُ جَزَاءً لِلْفِعْلِ كَسَائِرِ الْحُدُودِ
وَلَنَا أَيْضًا دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ وِلَايَةَ الِاسْتِيفَاءِ لِلْإِمَامِ بِالْإِجْمَاعِ وَلَوْ كان حَقَّ الْمَقْذُوفِ لَكَانَ وِلَايَةَ الِاسْتِيفَاءِ له كما في الْقِصَاصِ

وَالثَّانِي أَنَّهُ يَتَنَصَّفُ بِرِقِّ الْقَاذِفِ

وَحَقُّ اللَّهِ تَعَالَى هو الذي يَحْتَمِلُ التَّنْصِيفَ بِالرِّقِّ لَا حَقَّ الْعَبْدِ لِأَنَّ حُقُوقَ اللَّهِ تَعَالَى تَجِبُ جَزَاءً لِلْفِعْلِ وَالْجَزَاءُ يَزْدَادُ بِزِيَادَةِ الْجِنَايَةِ وَيُنْتَقَصُ بِنُقْصَانِهَا وَالْجِنَايَةُ تَتَكَامَلُ بِكَمَالِ حَالِ الْجَانِي وَتُنْتَقَصُ بِنُقْصَانِ حَالِهِ
فَأَمَّا حَقُّ الْعَبْدِ فإنه يَجِبُ بِمُقَابَلَةِ الْمَحِلِّ وَلَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ حَالِ الْجَانِي
وإذا ثَبَتَ أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى خَالِصًا أو الْمُغَلَّبُ فيه حَقُّهُ فَنَقُولُ لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عنه لِأَنَّ الْعَفْوَ إنَّمَا يَكُونُ من صَاحِبِ الْحَقِّ وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ وَالِاعْتِيَاضُ لِأَنَّ الِاعْتِيَاضَ عن حَقِّ الْغَيْرِ لَا يَصِحُّ وَلَا يَجْرِي فيه الْإِرْثُ لِأَنَّ الْإِرْثَ إنَّمَا يَجْرِي في الْمَتْرُوكِ من مِلْكٍ أو حَقٍّ لِلْمُوَرِّثِ على ما قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من تَرَكَ مَالًا أو حَقًّا فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ ولم يُوجَدْ شَيْءٌ من ذلك فَلَا يُوَرَّثُ وَلَا يَجْرِي فيه التَّدَاخُلُ لِمَا ذَكَرْنَا
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ مِقْدَارِ الْوَاجِبِ منها فَمِقْدَارُ الْوَاجِبِ في حَدِّ الزِّنَا إذَا لم يَكُنْ الزَّانِي مُحْصَنًا مِائَةُ جَلْدَةٍ إنْ كان حُرًّا وَإِنْ كان مَمْلُوكًا فَخَمْسُونَ لِقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { فإذا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ ما على الْمُحْصَنَاتِ من الْعَذَابِ } وَلِأَنَّ الْعُقُوبَةَ على قَدْرِ الْجِنَايَةِ وَالْجِنَايَةُ تَزْدَادُ بِكَمَالِ حَالِ الْجَانِي وَتَنْتَقِصُ بِنُقْصَانِ حَالِهِ وَالْعَبْدُ أَنْقَصُ حَالًا من الْحُرِّ لِاخْتِصَاصِ الْحُرِّ بِنِعْمَةِ الْحُرِّيَّةِ فَكَانَتْ جِنَايَتُهُ أَنْقَصَ وَنُقْصَانُ الْجِنَايَةِ يُوجِبُ نُقْصَانَ الْعُقُوبَةِ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ على قَدْرِ الْعِلَّةِ
هذا أَمْرٌ مَعْقُولٌ إلَّا أَنَّ التَّنْقِيصَ بِالتَّنْصِيفِ في غَيْرِهِ من الْمَقَادِيرِ ثَبَتَ شَرْعًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ ما على الْمُحْصَنَاتِ من الْعَذَابِ }
وفي حَدِّ الشُّرْبِ وَالسُّكْرِ وَالْقَذْفِ ثَمَانُونَ في الْحُرِّ وَأَرْبَعُونَ في الْعَبْدِ لِمَا قُلْنَا وفي حَدِّ السَّرِقَةِ لَا يَخْتَلِفُ قَدْرُ الْوَاجِبِ بِالرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } وَلَا يَخْتَلِفُ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ في شَيْءٍ من الْحُدُودِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِ إقَامَتِهَا فَمِنْهَا ما يَعُمُّ الْحُدُودَ كُلَّهَا وَمِنْهَا ما يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ
أَمَّا الذي يَعُمُّ الْحُدُودَ كُلَّهَا فَهُوَ الْإِمَامَةُ وهو أَنْ يَكُونَ الْمُقِيمُ لِلْحَدِّ هو الْإِمَامُ أو من وَلَّاهُ الْإِمَامُ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هذا ليس بِشَرْطٍ وَلِلرَّجُلِ أَنْ يُقِيمَ الْحَدَّ على مَمْلُوكِهِ إذَا ظَهَرَ الْحَدُّ عِنْدَهُ بِالْإِقْرَارِ أَرْبَعًا عِنْدَنَا وَمَرَّةً عِنْدَهُ وَبِالْمُعَايَنَةِ بِأَنْ رَأَى عَبْدَهُ زَنَى بِأَجْنَبِيَّةٍ
وَلَوْ ظَهَرَ عِنْدَهُ بِالشُّهُودِ بِأَنْ شَهِدُوا عِنْدَهُ وَالْمَوْلَى من أَهْلِ الْقَضَاءِ فَلَهُ فيه قَوْلَانِ
وَكَذَا في إقَامَةِ الْمَرْأَةِ الْحَدَّ على مَمْلُوكِهَا وَإِقَامَةِ الْمُكَاتَبِ الْحَدَّ على عَبْدٍ من أَكْسَابِهِ له فيه قَوْلَانِ
احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال أَقِيمُوا الْحُدُودَ على ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَهَذَا نَصٌّ

وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال إذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحَدِكُمْ فَلْيَجْلِدْهَا فَإِنْ عَادَتْ فَلْيَجْلِدْهَا فَإِنْ عَادَتْ فَلْيَجْلِدْهَا فَإِنْ عَادَتْ فَلْيَبِعْهَا وَلَوْ بِضَفِيرٍ أَيْ بِحَبْلٍ وَهَذَا أَيْضًا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ السُّلْطَانَ إنَّمَا مَلَكَ الْإِقَامَةَ لِتَسَلُّطِهِ على الرَّعِيَّةِ وَتَسَلُّطُ الْمَوْلَى على مَمْلُوكِهِ فَوْقَ تَسَلُّطِ السُّلْطَانِ على رَعِيَّتِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِقْرَارَ عليه بِالدَّيْنِ وَيَمْلِكُ عليه التَّصَرُّفَاتِ وَالْإِمَامُ لَا يَمْلِكُ شيئا من ذلك فلما ثَبَتَ الْجَوَازُ لِلسُّلْطَانِ فَالْمَوْلَى أَوْلَى وَلِهَذَا مَلَكَ إقَامَةَ التَّعْزِيرِ عليه كَذَا الْحَدُّ

وَلَنَا أَنَّ وِلَايَةَ إقَامَةِ الْحُدُودِ ثَابِتَةٌ لِلْإِمَامِ بِطَرِيقِ التَّعْيِينِ وَالْمَوْلَى لَا يُسَاوِيهِ فِيمَا شُرِعَ له بِهَذِهِ الْوِلَايَةِ فَلَا يَثْبُتُ له وِلَايَةُ الْإِقَامَةِ اسْتِدْلَالًا بِوِلَايَةِ إنْكَاحِ الصِّغَارِ وَالصَّغَائِرِ لِأَنَّهَا لَمَّا ثَبَتَتْ لِلْأَقْرَبِ لم تَثْبُتْ لِمَنْ لَا يُسَاوِيهِ فِيمَا شُرِعَ له الْوِلَايَةُ وهو الْأَبْعَدُ

وَبَيَانُ ذلك أَنَّ وِلَايَةَ إقَامَةِ الْحَدِّ إنَّمَا ثَبَتَتْ لِلْإِمَامِ لِمَصْلَحَةِ الْعِبَادِ وَهِيَ صِيَانَةُ أَنْفُسِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ وَأَعْرَاضِهِمْ لِأَنَّ الْقُضَاةَ يَمْتَنِعُونَ من التَّعَرُّضِ خَوْفًا من إقَامَةِ الْحَدِّ عليهم وَالْمَوْلَى لَا يُسَاوِي الْإِمَامَ في هذا الْمَعْنَى لِأَنَّ ذلك يَقِفُ على الْإِمَامَةِ وَالْإِمَامُ قَادِرٌ على الْإِقَامَةِ لِشَوْكَتِهِ وَمَنَعَتِهِ وَانْقِيَادِ الرَّعِيَّةِ له قَهْرًا وَجَبْرًا وَلَا يَخَافُ تَبِعَةَ الْجُنَاةِ وَأَتْبَاعِهِمْ لِانْعِدَامِ الْمُعَارَضَةِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْإِمَامِ وَتُهْمَةُ الْمَيْلِ وَالْمُحَابَاةِ وَالتَّوَانِي عن الْإِقَامَةِ مُنْتَفِيَةٌ في حَقِّهِ فَيُقِيمُ على وَجْهِهَا فَيَحْصُلُ الْغَرَضُ الْمَشْرُوعُ له الْوِلَايَةُ بِيَقِينٍ

وَأَمَّا الْمَوْلَى فَرُبَّمَا يَقْدِرُ على الْإِقَامَةِ نَفْسِهَا وَرُبَّمَا لَا يَقْدِرُ لِمُعَارَضَةِ الْعَبْدِ إيَّاهُ وَلِأَنَّهُ رَقَبَانِيٌّ مِثْلُهُ يُعَارِضُهُ فَيَمْنَعُهُ عن الْإِقَامَةِ خُصُوصًا عِنْدَ خَوْفِ الْهَلَاكِ على نَفْسِهِ فَلَا يَقْدِرُ على الْإِقَامَةِ

وَكَذَا الْمَوْلَى يَخَافُ على نَفْسِهِ وَمَالِهِ من الْعَبْدِ الشِّرِّيرِ لو قَصَدَ إقَامَةَ الْحَدِّ عليه أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَ أَمْوَالِهِ وَيَقْصِدَ إهْلَاكَهُ وَيَهْرُبَ منه فَيَمْتَنِعُ عن الْإِقَامَةِ وَلَوْ قَدَرَ على الْإِقَامَةِ فَقَدْ يُقِيمُ

وقد لَا يُقِيمُ لِمَا في الْإِقَامَةِ من نُقْصَانِ قِيمَتِهِ بِسَبَبِ عَيْبِ الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ أو يَخَافُ سِرَايَةَ الْجَلَدَاتِ إلَى الْهَلَاكِ وَالْمَرْءُ مَجْبُولٌ على حُبِّ الْمَالِ

وَلَوْ أَقَامَ فَقَدْ يُقِيمُ على الْوَجْهِ وقد لَا يُقِيمُ على الْوَجْهِ بَلْ من حَيْثُ الصُّورَةُ فَلَا يَحْصُلُ الزَّجْرُ فَثَبَتَ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يُسَاوِي الْإِمَامَ في تَحْصِيلِ ما شُرِعَ له إقَامَةُ الْحَدِّ فَلَا يُزَاحِمُهُ في الْوِلَايَةِ بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ التَّعْزِيرَ هو التعيير (((التغيير))) وَالتَّوْبِيخُ وَذَلِكَ غَيْرُ مُقَدَّرٍ فَقَدْ يَكُونُ بِالْحَبْسِ وقد يَكُونُ بِرَفْعِ الصَّوْتِ وَتَعْبِيسِ الْوَجْهِ وقد يَكُونُ بِضَرْبِ أَسْوَاطٍ على حَسَبِ الْجِنَايَةِ وَحَالِ الْجَانِي لِمَا نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ وَالْمَوْلَى يُسَاوِي الْإِمَامَ في هذا لِأَنَّهُ من بَابِ التَّأْدِيبِ فَلَهُ قُدْرَةُ التَّأْدِيبِ وَالْعَبْدُ يَنْقَادُ لِمِثْلِهِ لِلْمَوْلَى وَلَا يُعَارِضُهُ فَالْمَوْلَى أَيْضًا لَا يَمْتَنِعُ عن هذا الْقَدْرِ من الْإِيلَامِ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ نُقْصَانًا في مَالِيَّةِ الْعَبْدِ وَلَا تعيينا (((تعييبا))) فيه بِخِلَافِ الْحَدِّ

وَالثَّانِي أَنَّ في التَّعْزِيرِ ضَرُورَةً لَيْسَتْ في الْحَدِّ لِأَنَّ أَسْبَابَ التَّعْزِيرِ مِمَّا يَكْثُرُ وُجُودُهَا فَيَحْتَاجُ الْمَوْلَى إلَى أَنْ يُعَزِّرَ مَمْلُوكَهُ في كل يَوْمٍ وفي كل سَاعَةٍ وفي الرَّفْعِ إلَى الْإِمَامِ في كل حِينٍ وَزَمَانٍ حَرَجٌ عَظِيمٌ على الْمَوَالِي

فَفُوِّضَتْ إقَامَةُ الْحَدِّ إلَى الْمَوَالِي شَرْعًا أو صَارَ الْمَوْلَى مَأْذُونًا فِي ذلك من جِهَةِ الْإِمَامِ دَلَالَةً وَصَارَ نَائِبًا عن الْإِمَامِ فيه وَلَا حَرَجَ في الْحَدِّ لِأَنَّهُ لَا يَكْثُرُ وُجُودُهُ لِانْعِدَامِ كَثْرَةِ أَسْبَابِ وُجُوبِهِ

وَأَمَّا الْحَدِيثَانِ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ خِطَابًا لِقَوْمٍ مَعْلُومِينَ عُلِمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ منهم من طَرِيقِ الْوَحْيِ أَنَّهُمْ يُقِيمُونَ الْحُدُودَ من غَيْرِ تَقْصِيرٍ مِثْلُ الْأَمِيرِ وَالسُّلْطَانِ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذلك خِطَابًا لِلْأَئِمَّةِ في حَقِّ عَبِيدِهِمْ وَالتَّخْصِيصُ لِلتَّرْغِيبِ في إقَامَةِ الْحَدِّ لِمَا أَنَّ الْأَئِمَّةَ وَالسَّلَاطِينَ لَا يُبَاشِرُونَ الْإِقَامَةَ بِأَنْفُسِهِمْ عَادَةً بَلْ يُفَوِّضُونَهَا إلَى الْحُكَّامِ وَالْمُحْتَسِبِينَ وقد يَجِيءُ منهم في ذلك تَقْصِيرٌ وَيُحْتَمَلُ الْإِقَامَةُ بِطَرِيقِ التَّسَبُّبِ بِالسَّعْيِ لِرَفْعِ ذلك إلَى الْإِمَامِ بِطَرِيقِ الْحِسْبَةِ وَتَخْصِيصُ الْمَوْلَى لِلتَّرْغِيبِ لهم في الْإِقَامَةِ لِاحْتِمَالِ الْمَيْلِ وَالتَّقْصِيرِ في ذلك

وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ من الْحَدِّ الْمَذْكُورِ في الحديث التَّعْزِيرَ لِوُجُودِ مَعْنَى الْحَدِّ فيه وهو الْمَنْعُ فَلَا يَصِحُّ الِاحْتِجَاجُ بِهِمَا مع الِاحْتِمَالِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَخْلِفَ على إقَامَةِ الْحُدُودِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على اسْتِيفَاءِ الْجَمِيعِ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ أَسْبَابَ وُجُوبِهَا تُوجَدُ في أَقْطَارِ دَارِ الْإِسْلَامِ وَلَا يُمْكِنُهُ الذَّهَابُ إلَيْهَا وفي الْإِحْضَارِ إلَى مَكَانِ الْإِمَامِ حَرَجٌ عَظِيمٌ فَلَوْ لم يَجُزْ الِاسْتِخْلَافُ لَتَعَطَّلَتْ الْحُدُودُ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِهَذَا كان عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَجْعَلُ إلَى الْخُلَفَاءِ تَنْفِيذَ الْأَحْكَامِ وَإِقَامَةَ الْحُدُودِ ثُمَّ الِاسْتِخْلَافُ نَوْعَانِ تَنْصِيصٌ وَتَوْلِيَةٌ أَمَّا التَّنْصِيصُ فَهُوَ أَنْ يَنُصَّ على إقَامَةِ الْحُدُودِ فَيَجُوزُ لِلْخَلِيفَةِ إقَامَتُهَا بِلَا شَكٍّ

وَأَمَّا التَّوْلِيَةُ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ عَامَّةٌ وَخَاصَّةٌ فَالْعَامَّةُ هِيَ أَنْ يُوَلِّيَ رَجُلًا وِلَايَةً عَامَّةً مِثْلَ إمَارَةِ إقْلِيمٍ أو بَلَدٍ عَظِيمٍ فَيَمْلِكُ الْمَوْلَى إقَامَةَ الْحُدُودِ وَإِنْ لم يَنُصَّ عليها لِأَنَّهُ لَمَّا قَلَّدَهُ إمَارَةَ ذلك الْبَلَدِ فَقَدْ فَوَّضَ إلَيْهِ الْقِيَامَ بِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ وَإِقَامَةُ الْحُدُودِ مُعْظَمُ مَصَالِحِهِمْ فَيَمْلِكُهَا

وَالْخَاصَّةُ هِيَ أَنْ يُوَلِّيَ رَجُلًا وِلَايَةً خَاصَّةً مِثْلَ جِبَايَةِ الْخَرَاجِ وَنَحْوَ ذلك فَلَا يَمْلِكُ إقَامَةَ الْحُدُودِ لِأَنَّ هذه التَّوْلِيَةَ لم تَتَنَاوَلْ إقَامَةَ الْحُدُودِ

وَلَوْ اُسْتُعْمِلَ أَمِيرٌ على الْجَيْشِ الْكَبِيرِ فَإِنْ كان أَمِيرَ مِصْرٍ أو مَدِينَةٍ فَغَزَا بِجُنْدِهِ فإنه يَمْلِكُ إقَامَةَ الْحُدُودِ في مُعَسْكَرِهِ لِأَنَّهُ كان يَمْلِكُ الْإِقَامَةَ في بَلَدِهِ فإذا خَرَجَ بِأَهْلِهِ أو بِبَعْضِهِمْ مَلَكَ عليهم ما كان يَمْلِكُ فِيهِمْ قبل الْخُرُوجِ

وَأَمَّا من أَخْرَجَهُ أَمِيرُ الْبَلَدِ غَازِيًا فما كان يَمْلِكُ إقَامَةَ الْحَدِّ عليهم قبل الْخُرُوجِ وَبَعْدَ الْخُرُوجِ لم يُفَوِّضْ إلَيْهِ الْإِقَامَةَ فَلَا يَمْلِكُ الْإِقَامَةَ وَالْإِمَامُ الْعَدْلُ له أَنْ يُقِيمَ الْحُدُودَ وَيُنْفِذَ الْقَضَاءَ في مُعَسْكَرِهِ كما له أَنْ يَفْعَلَ ذلك في الْمِصْرِ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ وِلَايَةً على جَمِيعِ دَارِ الْإِسْلَامِ ثَابِتَةً

وَكَذَا إذَا اُسْتُعْمِلَ قَاضِيًا له أَنْ يَفْعَلَ ذلك في الْمُعَسْكَرِ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْإِمَامِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا الذي يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ فَمِنْهَا الْبِدَايَةُ من الشُّهُودِ في حَدِّ الرَّجْمِ إذَا ثَبَتَ بِالشَّهَادَةِ حتى لو امْتَنَعَ الشُّهُودُ عن الْبِدَايَةِ أو مَاتُوا أو غَابُوا كلهم أو بَعْضُهُمْ لَا يُقَامُ الرَّجْمُ على الْمَشْهُودِ عليه

وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ اسْتِحْسَانًا وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رِوَايَةٌ أُخْرَى أنها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ وَيُقَامُ الرَّجْمُ على الْمَشْهُودِ عليه وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو الْقِيَاسُ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الشُّهُودَ فِيمَا وَرَاءَ الشَّهَادَةِ وَسَائِرَ الناس سَوَاءٌ ثُمَّ لَا تُشْتَرَطُ الْبِدَايَةُ من أَحَدٍ منهم فَكَذَا من الشُّهُودِ

وَلِأَنَّ الرَّجْمَ أَحَدُ نَوْعَيْ الْحَدِّ فَيُعْتَبَرُ بِالنَّوْعِ الْآخَرِ وهو الْجَلْدُ وَالْبِدَايَةُ من الشُّهُودِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فيه

كَذَا في الرَّجْمِ
وَلَنَا ما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال يَرْجُمُ الشُّهُودُ أَوَّلًا ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ الناس وَكَلِمَةُ ثُمَّ لِلتَّرْتِيبِ وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي

اللَّهُ عَنْهُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه أَحَدٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ في اعْتِبَارِ الشَّرْطِ احْتِيَاطًا في درىء (((درء))) الْحَدِّ لِأَنَّ الشُّهُودَ إذَا بدؤا (((بدءوا))) بِالرَّجْمِ رُبَّمَا اسْتَعْظَمُوا فِعْلَهُ فَيَحْمِلُهُمْ ذلك على الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَةِ فَيَسْقُطُ الْحَدُّ عن الْمَشْهُودِ عليه بِخِلَافِ الْجَلْدِ لِأَنَّا إنَّمَا عَرَفْنَا الْبِدَايَةَ شَرْطًا اسْتِحْسَانًا بِالْأَثَرِ فَيَسْقُطُ الْحَدُّ عليه وَالْأَثَرُ وَرَدَ في الرَّجْمِ خَاصَّةً فَيَبْقَى أَمْرُ الْجَلْدِ على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَلِأَنَّ الْجَلْدَ لَا يُحْسِنُهُ كُلُّ أَحَدٍ فَفُوِّضَ اسْتِيفَاؤُهُ إلَى الْأَئِمَّةِ بِخِلَافِ الرَّجْمِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَهْلِيَّةُ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ لِلشُّهُودِ عِنْدَ الْإِقَامَةِ في الْحُدُودِ كُلِّهَا حتى لو بَطَلَتْ الْأَهْلِيَّةُ بِالْفِسْقِ أو الرِّدَّةِ أو الْجُنُونِ أو الْعَمَى أو الْخَرَسِ أو حَدِّ الْقَذْفِ بِأَنْ فَسَقَ الشُّهُودُ أو ارْتَدُّوا أو جُنُّوا أو عَمُوا أو خَرِسُوا أو ضُرِبُوا حَدَّ الْقَذْفِ كلهم أو بَعْضُهُمْ لَا يُقَامُ الْحَدُّ على الْمَشْهُودِ عليه لِأَنَّ اعْتِرَاضَ أَسْبَابِ الْجَرْحِ على الشَّهَادَةِ عِنْدَ إمْضَاءِ الْحَدِّ بِمَنْزِلَةِ اعْتِرَاضِهَا عِنْدَ الْقَضَاءِ بِهِ وَاعْتِرَاضُهَا عِنْدَ الْقَضَاءِ يُبْطِلُ الشَّهَادَةَ فَكَذَا عِنْدَ الْإِمْضَاءِ في بَابِ الْحُدُودِ عن الْقَضَاءِ وَأَمَّا مَوْتُ الشُّهُودِ وَغَيْبَتُهُمْ عِنْدَ الْإِقَامَةِ فَلَا يَمْنَعَانِ من الْإِقَامَةِ في سَائِرِ الْحُدُودِ إلَّا الرَّجْمُ حتى لو مَاتُوا كلهم أو غَابُوا كلهم أو بَعْضُهُمْ يُقَامُ الْحَدُّ على الْمَشْهُودِ عليه إلَّا الرَّجْمَ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من أَسْبَابِ الْجَرْحِ لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ لَا تُبْطَلُ بِالْمَوْتِ وَالْغَيْبَةِ بَلْ تَتَنَاهَى وَتَتَقَرَّرُ وَتُخْتَمُ بها الْعَدَالَةُ على وَجْهٍ لَا يَحْتَمِلُ الْجَرْحَ

وفي حَدِّ الرَّجْمِ إنَّمَا يَمْنَعَانِ الْإِقَامَةَ لَا لِأَنَّهُمَا يُجَرِّحَانِ في الشَّهَادَةِ بَلْ لِأَنَّ الْبِدَايَةَ من الشُّهُودِ شَرْطُ جَوَازِ الْإِقَامَةِ ولم تُوجَدْ
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في الشُّهُودِ إذَا كَانُوا مَقْطُوعِي الْأَيْدِي أو بِهِمْ مَرَضٌ لَا يَسْتَطِيعُونَ الرَّمْيَ أَنَّ الْإِمَامَ يَرْمِي ثُمَّ الناس وَجَعَلَ قَطْعَ الْيَدِ أو الْمَرَضَ عُذْرًا في فَوَاتِ الْبِدَايَةِ ولم يَجْعَلْ الْمَوْتَ عُذْرًا فيه وَإِنْ ثَبَتَ الرَّجْمُ بِالْإِقْرَارِ يَبْدَأُ بِهِ الْإِمَامُ ثُمَّ الناس وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ في إقَامَةِ الْجَلَدَاتِ خَوْفُ الْهَلَاكِ لِأَنَّ هذا الْحَدَّ شُرِعَ زَاجِرًا لَا مُهْلِكًا فَلَا يَجُوزُ الْإِقَامَةُ في الْحَرِّ الشَّدِيدِ وَالْبَرْدِ الشَّدِيدِ لِمَا في الْإِقَامَةِ فِيهِمَا من خَوْفِ الْهَلَاكِ وَلَا يُقَامُ على مَرِيضٍ حتى يَبْرَأَ لِأَنَّهُ يَجْتَمِعُ عليه وَجَعُ الْمَرَضِ وَأَلَمُ الضَّرْبِ فَيُخَافُ الْهَلَاكُ وَلَا يُقَامُ على النُّفَسَاءِ حتى يَنْقَضِيَ النِّفَاسُ لِأَنَّ النِّفَاسَ نَوْعُ مَرَضٍ وَيُقَامُ على الْحَائِضِ لِأَنَّ الْحَيْضَ ليس بِمَرَضٍ وَلَا يُقَامُ على الْحَامِلِ حتى تَضَعَ وَتَطْهُرَ من النِّفَاسِ لِأَنَّ فيه خَوْفَ هَلَاكِ الْوَلَدِ وَالْوَالِدَةِ
وَيُقَامُ الرَّجْمُ في هذا كُلِّهِ إلَّا على الْحَامِلِ لِأَنَّ تَرْكَ الْإِقَامَةِ في هذه الْأَحْوَالِ لِلِاحْتِرَازِ عن الْهَلَاكِ وَالرَّجْمُ حَدٌّ مُهْلِكٌ فَلَا مَعْنَى لِلِاحْتِرَازِ عن الْهَلَاكِ فيه إلَّا أَنَّهُ لَا يُقَامُ على الْحَامِلِ لِأَنَّ فيه إهْلَاكَ الْوَلَدِ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا يُجْمَعُ الضَّرْبُ في

عُضْوٍ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ يُفْضِي إلَى تَلَفِ ذلك الْعُضْوِ أو إلَى تَمْزِيقِ جِلْدِهِ وَكُلُّ ذلك لَا يَجُوزُ بَلْ يُفَرَّقُ الضَّرْبُ على جَمِيعِ الْأَعْضَاءِ من الْكَتِفَيْنِ وَالذِّرَاعَيْنِ وَالْعَضُدَيْنِ وَالسَّاقَيْنِ وَالْقَدَمَيْنِ إلَّا الْوَجْهَ وَالْفَرْجَ وَالرَّأْسَ لِأَنَّ الضَّرْبَ على الْفَرْجِ مُهْلِكٌ عَادَةً

وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه مَوْقُوفًا عليه وَمَرْفُوعًا إلَى رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال اتَّقِ وَجْهَهُ وَمَذَاكِيرَهُ وَالضَّرْبُ على الْوَجْهِ يُوجِبُ الْمُثْلَةَ وقد نهى رسول اللَّهِ عن الْمُثْلَةِ وَالرَّأْسُ مَجْمَعُ الْحَوَاسِّ وَفِيهِ الْعَقْلُ فَيُخَافُ من الضَّرْبِ عليه فَوَاتُ الْعَقْلِ أو فَوَاتُ بَعْضِ الْحَوَاسِّ وَفِيهِ إهْلَاكُ الذَّاتِ من وَجْهٍ

وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضًا لَا يُضْرَبُ الصَّدْرُ وَالْبَطْنُ وَيُضْرَبُ الرَّأْسُ سَوْطًا أو سَوْطَيْنِ

أَمَّا الصَّدْرُ وَالْبَطْنُ فَلِأَنَّ فيه خَوْفَ الْهَلَاكِ وَأَمَّا الرَّأْسُ فَلِقَوْلِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه اضْرِبُوا الرَّأْسَ فإن فيه شَيْطَانًا

وَالْجَوَابُ أَنَّ الحديث وَرَدَ في قَتْلِ أَهْلِ الْحَرْبِ خُصُوصًا قَوْمًا كَانُوا بالشأم يَحْلِقُونَ أَوْسَاطَ رؤوسهم ثُمَّ تَفْرِيقُ الضَّرْبِ على الْأَعْضَاءِ مَذْهَبُنَا

وقال الشَّافِعِيُّ عليه الرَّحْمَةُ يُضْرَبُ كُلُّهُ على الظَّهْرِ

وَهَذَا ليس بِسَدِيدٍ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ هو الْجَلْدُ وَأَنَّهُ مَأْخُوذٌ من ضَرْبِ الْجِلْدِ وَالضَّرْبُ على عُضْوٍ وَاحِدٍ مُمَزِّقٌ لِلْجِلْدِ وَبَعْدَ تَمْزِيقِ الْجِلْدِ لَا يُمْكِنُ الضَّرْبُ على الْجِلْدِ بَعْدَ ذلك وَلِأَنَّ في الْجَمْعِ على عُضْوٍ وَاحِدٍ خَوْفَ الْهَلَاكِ وَهَذَا الْحَدُّ شُرِعَ زَاجِرًا لَا مُهْلِكًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ إقَامَةِ الْحُدُودِ فَأَمَّا حَدُّ الرَّجْمِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُرْبَطَ الْمَرْجُومُ بِشَيْءٍ وَلَا أَنْ يُمْسَكَ وَلَا أَنْ يُحْفَرَ له إذَا كان رَجُلًا بَلْ يُقَامُ قَائِمًا لِأَنَّ مَاعِزًا لم يُرْبَطْ ولم يُمْسَكْ وَلَا حُفِرَ له

أَلَا يُرَى أَنَّهُ رُوِيَ أَنَّهُ هَرَبَ من أَرْضٍ قَلِيلَةِ الْحِجَارَةِ إلَى أَرْضٍ كَثِيرَةِ الْحِجَارَةِ وَلَوْ رُبِطَ أو مُسِكَ أو حُفِرَ له لَمَا قَدَرَ على الْهَرَبِ

وَإِنْ كان الْمَرْجُومُ امْرَأَةً فَإِنْ شَاءَ الْإِمَامُ حَفَرَ لها وَإِنْ شَاءَ لم يَحْفِرْ

أَمَّا الْحَفْرُ فَلِأَنَّهُ أَسْتَرُ لها

وقد رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَفَرَ لِلْمَرْأَةِ الْغَامِدِيَّةِ

إلَى تَنْدُوَتِهَا وَأَخَذَ حَصَاةً مِثْلَ الْحِمَّصَةِ وَرَمَاهَا بها وَحَفَرَ سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه لسراحة (((لشراحة))) الْهَمْدَانِيَّةِ إلَى سُرَّتِهَا

وَأَمَّا تَرْكُ الْحَفْرِ فَلِأَنَّ الْحَفْرَ لِلسَّتْرِ وَهِيَ مَسْتُورَةٌ بِثِيَابِهَا لِأَنَّهَا لَا تُجَرَّدُ عِنْدَ إقَامَةِ الْحَدِّ وَلَا بَأْسَ لِكُلِّ من رَمَى أَنْ يَتَعَمَّدَ مَقْتَلَهُ لِأَنَّ الرَّجْمَ حَدٌّ مُهْلِكٌ فما كان أَسْرَعَ إلَى الْهَلَاكِ كان أَوْلَى إلَّا إذَا كان الرَّامِي ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْمَرْجُومِ فَلَا يُسْتَحَبُّ له أَنْ يَتَعَمَّدَ مَقْتَلَهُ لِأَنَّهُ قَطْعُ الرَّحِمِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ لِأَنَّ غَيْرَهُ يَكْفِيهِ وَيُغْنِيهِ

وقد رُوِيَ أَنَّ حَنْظَلَةَ غَسِيلَ الْمَلَائِكَةِ اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ في قَتْلِ أبيه أبي عَامِرٍ وكان مُشْرِكًا فَنَهَاهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن ذلك وقال دَعْهُ يَكْفِيكَ غَيْرُكَ

وَأَمَّا حَدُّ الْجَلْدِ فَأَشَدُّ الْحُدُودِ ضَرْبًا حَدُّ الزِّنَا ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ ثُمَّ حَدُّ الْقَذْفِ لِأَنَّ جِنَايَةَ الزِّنَا أَعْظَمُ من جِنَايَةِ الشُّرْبِ وَالْقَذْفِ
أَمَّا من جِنَايَةِ الْقَذْفِ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّ الْقَذْفَ نِسْبَةٌ إلَى الزِّنَا فَكَانَتْ دُونَ حَقِيقَةِ الزِّنَا
وَأَمَّا من جِنَايَةِ الشُّرْبِ فَلِأَنَّ قُبْحَ الزِّنَا ثَبَتَ شَرْعًا وَعَقْلًا وَحُرْمَةُ نَفْسِ الشُّرْبِ ثَبَتَتْ شَرْعًا لَا عَقْلًا وَلِهَذَا كان الزِّنَا حَرَامًا في الْأَدْيَانِ كُلِّهَا بِخِلَافِ الشُّرْبِ
وَكَذَا الْخَمْرُ يُبَاحُ عِنْدَ ضَرُورَةِ الْمَخْمَصَةِ وَالْإِكْرَاهِ
وَلَا يُبَاحُ الزِّنَا عِنْدَ الْإِكْرَاهِ وَغَلَبَةِ الشَّبَقِ
وَكَذَا وُجُوبُ الْجَلْدِ في الزِّنَا ثَبَتَ بِنَصِّ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ الْمَكْنُونِ
وَلَا نَصَّ في الشُّرْبِ وَإِنَّمَا اسْتَخْرَجَهُ الصَّحَابَةُ الْكِرَامُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ بِالِاجْتِهَادِ وَالِاسْتِدْلَالِ بِالْقَذْفِ فَقَالُوا إذَا سَكِرَ هذي وإذا هذي افْتَرَى وَحَدُّ الْمُفْتَرِي ثَمَانُونَ
وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ في حَدِّ الزِّنَا { وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ في دِينِ اللَّهِ إنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاَللَّهِ } قِيلَ في التَّأْوِيلِ أَيْ بِتَخْفِيفِ الْجَلَدَاتِ وَإِنَّمَا كان ضَرْبُ الْقَذْفِ أَخَفَّ الضَّرْبَيْنِ لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ وُجُودَهُ ثَبَتَ بِسَبَبٍ مُتَرَدِّدٍ لِأَنَّ الْقَاذِفَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا في قَذْفِهِ وَلَا حَدَّ عليه
وَالثَّانِي أَنَّهُ انْضَافَ إلَيْهِ رَدُّ الشَّهَادَةِ على التَّأْبِيدِ
فَجَرَى فيه نَوْعُ تَخْفِيفٍ
وَيُضْرَبُ قَائِمًا وَلَا يُمَدُّ على الْعِقَابَيْنِ وَلَا على الْأَرْضِ كما يُفْعَلُ في زَمَانِنَا لِأَنَّهُ بِدْعَةٌ بَلْ يُضْرَبُ قَائِمًا وَلَا يُمَدُّ السَّوْطُ بَعْدَ الضَّرْبِ بَلْ يُرْفَعُ لِأَنَّ الْمَدَّ بَعْدَ الضَّرْبِ بِمَنْزِلَةِ ضَرْبَةٍ أُخْرَى فَيَكُونُ زِيَادَةً على الْحَدِّ
وَلَا يَمُدُّ الْجَلَّادُ يَدَهُ إلَى ما فَوْقَ رَأْسِهِ لِأَنَّهُ يُخَافُ فيه الْهَلَاكُ أو تَمْزِيقُ الْجِلْدِ
وَلَا يَضْرِبُ بِسَوْطٍ له ثَمَرَةٌ لِأَنَّ اتِّصَالَ الثَّمَرَةِ بِمَنْزِلَةِ ضَرْبَةٍ أُخْرَى فَيَصِيرُ كُلُّ ضَرْبَةٍ بِضَرْبَتَيْنِ فَيَكُونُ زِيَادَةً على الْقَدْرِ الْمَشْرُوعِ
وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْجَلَّادُ عَاقِلًا بَصِيرًا بِأَمْرِ الضَّرْبِ فَيَضْرِبُ ضَرْبَةً بين ضَرْبَتَيْنِ ليس بِالْمُبَرِّحِ وَلَا بِاَلَّذِي لَا يُوجَدُ فيه مَسٌّ
وَيُجَرَّدُ الرَّجُلُ في حَدِّ الزِّنَا وَيُضْرَبُ على إزَارٍ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ أَشَدُّ الْحُدُودِ ضَرْبًا وَمَعْنَى الشِّدَّةِ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالتَّجْرِيدِ
وفي حَدِّ الشُّرْبِ يُجَرَّدُ أَيْضًا في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُجَرَّدُ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ ضَرْبَ الشُّرْبِ أَخَفُّ من ضَرْبِ الزِّنَا فَلَا بُدَّ من إظْهَارِ آيَةِ التَّخْفِيفِ وَذَلِكَ بِتَرْكِ التَّجْرِيدِ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ أَنَّهُ قد جَرَى التَّخْفِيفُ فيه مَرَّةً في الضَّرْبِ فَلَوْ خَفَّفَ فيه ثَانِيًا بِتَرْكِ التَّجْرِيدِ لَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ من الْحَدِّ وهو الزَّجْرُ
وَلَا يُجَرَّدُ في حَدِّ الْقَذْفِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ وُجُوبَهُ بِسَبَبٍ مُتَرَدِّدٍ مُحْتَمَلٌ فَيُرَاعَى فيه التَّخْفِيفُ بِتَرْكِ التَّجْرِيدِ كما رُوعِيَ في أَصْلِ الضَّرْبِ بِخِلَافِ حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّ وُجُوبَهُ ثَبَتَ بِسَبَبٍ لَا تَرَدُّدَ فيه
وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا يُنْزَعُ عنها ثِيَابُهَا إلَّا الْحَشْوُ وَالْفَرْوُ في الْحُدُودِ كُلِّهَا لِأَنَّهَا عَوْرَةٌ وَتُضْرَبُ قَاعِدَةً لِأَنَّ ذلك أَسْتَرُ لها وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ في الْأَعْضَاءِ كُلِّهَا لِمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ الْجَمْعَ في عُضْوٍ وَاحِدٍ يَقَعُ إهْلَاكًا لِلْعُضْوِ أو تَمْزِيقًا أو تَخْرِيقًا لِلْجِلْدِ وَكُلُّ ذلك ليس بِمَشْرُوعٍ فَيُفَرِّقُ على الْأَعْضَاءِ كُلِّهَا إلَّا الْوَجْهَ وَالْمَذَاكِيرَ وَالرَّأْسَ وقد ذَكَرْنَا ذلك فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَا يُقَامُ شَيْءٌ من ذلك في الْمَسْجِدِ لِمَا رُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما عن رسول اللَّهِ قال لَا تُقَامُ الْحُدُودُ في الْمَسَاجِدِ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ

تَعْظِيمَ الْمَسْجِدِ وَاجِبٌ وفي إقَامَةِ الْحُدُودِ فيه تَرْكُ تَعْظِيمِهِ
يُؤَيِّدُهُ أَنَّا نُهِينَا عن سَلِّ السُّيُوفِ في الْمَسَاجِدِ
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ وَبِيَاعَاتِكُمْ وَأَشْرِيَتَكُمْ وَسَلَّ سُيُوفِكُمْ تَعْظِيمًا لِلْمَسْجِدِ وَمَعْلُومٌ أَنَّ سَلَّ السَّيْفِ في تَرْكِ التَّعْظِيمِ دُونَ الْجَلْدِ وَالرَّجْمِ فلما كُرِهَ ذلك فَلَأَنْ يُكْرَهَ هذا أَوْلَى
وَلِأَنَّ إقَامَةَ الْحُدُودِ في الْمَسْجِدِ لَا تَخْلُو عن تَلْوِيثِهِ فَتَجِبُ صِيَانَةُ الْمَسْجِدِ عن ذلك وَيَنْبَغِي أَنْ تُقَامَ الْحُدُودُ كُلُّهَا في مَلأ من الناس لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عز اسْمُهُ { وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ من الْمُؤْمِنِينَ } وَالنَّصُّ وَإِنْ وَرَدَ في حَدِّ الزِّنَا لَكِنَّ النَّصَّ الْوَارِدَ فيه يَكُونُ وَارِدًا في سَائِرِ الْحُدُودِ دَلَالَةً لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الْحُدُودِ كُلِّهَا وَاحِدٌ وهو زَجْرُ الْعَامَّةِ وَذَلِكَ

لَا يَحْصُلُ إلَّا وَأَنْ تَكُونَ الْإِقَامَةُ على رَأْسِ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الْحُضُورَ يَنْزَجِرُونَ بِأَنْفُسِهِمْ بِالْمُعَايَنَةِ وَالْغُيَّبَ يَنْزَجِرُونَ بِإِخْبَارِ الْحُضُورِ فَيَحْصُلُ الزَّجْرُ لِلْكُلِّ
وَكَذَا فيه مَنْعُ الْجَلَّادِ من الْمُجَاوَزَةِ عن الْحَدِّ الذي جُعِلَ له لِأَنَّهُ لو جَاوَزَ لَمَنَعَهُ الناس عن الْمُجَاوَزَةِ وَفِيهِ أَيْضًا دَفْعُ التُّهْمَةِ وَالْمَيْلِ فَلَا يَتَّهِمُهُ الناس أَنْ يُقِيمَ الْحَدَّ عليه بِلَا جُرْمٍ سَبَقَ منه
وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُسْقِطُ الْحَدَّ بَعْدَ وُجُوبِهِ فَالْمُسْقِطُ له أَنْوَاعٌ منها الرُّجُوعُ عن الْإِقْرَارِ بِالزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَالشُّرْبِ وَالسُّكْرِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا في الرُّجُوعِ وهو الْإِنْكَارُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كَاذِبًا فيه فَإِنْ كان صَادِقًا في الْإِنْكَارِ يَكُونُ كَاذِبًا في الْإِقْرَارِ وَإِنْ كان كَاذِبًا في الْإِنْكَارِ يَكُونُ صَادِقًا في الْإِقْرَارِ فَيُورِثُ شُبْهَةً في ظُهُورِ الْحَدِّ
وَالْحُدُودُ لَا تُسْتَوْفَى مع الشبهات (((الشبهات)))
وقد رُوِيَ أَنَّ مَاعِزًا لَمَّا أَقَرَّ بين يَدَيْ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بِالزِّنَا لَقَّنَهُ الرُّجُوعَ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَعَلَّك قَبَّلْتَهَا لَعَلَّك مَسَسْتَهَا وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِتِلْكَ الْمَرْأَةِ أَسَرَقْتِ قُولِي لَا ما أخالك سَرَقْتِ
وكان ذلك منه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَلْقِينًا لِلرُّجُوعِ فَلَوْ لم يَكُنْ مُحْتَمِلًا لِلسُّقُوطِ بِالرُّجُوعِ ما كان لِلتَّلْقِينِ مَعْنًى وَهَذَا هو السُّنَّةُ لِلْإِمَامِ إذَا أَقَرَّ إنْسَانٌ عِنْدَهُ بِشَيْءٍ من أَسْبَابِ الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ أَنْ يُلَقِّنَهُ الرُّجُوعَ درءا (((درأ))) لِلْحَدِّ كما فَعَلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَسَوَاءٌ رَجَعَ قبل الْقَضَاءِ أو بَعْدَهُ قبل الْإِمْضَاءِ أو بَعْدَ إمْضَاءِ بَعْضِ الْجَلَدَاتِ أو بَعْضِ الرَّجْمِ وهو حَيٌّ بَعْدُ لِمَا قُلْنَا
ثُمَّ الرُّجُوعُ عن الْإِقْرَارِ قد يَكُونُ نَصًّا وقد يَكُونُ دَلَالَةً بِأَنْ أَخَذَ الناس في رَجْمِهِ فَهَرَبَ ولم يَرْجِعْ أو أَخَذَ الْجَلَّادُ في الْجَلْدِ فَهَرَبَ ولم يَرْجِعْ حتى لَا يُتَّبَعَ وَلَا يُتَعَرَّضَ له لِأَنَّ الْهَرَبَ في هذه الْحَالَةِ دَلَالَةُ الرُّجُوعِ
وَرُوِيَ أَنَّهُ لَمَّا هَرَبَ مَاعِزٌ ذُكِرَ ذلك لِرَسُولِ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فقال هَلَّا خَلَّيْتُمْ سَبِيلَهُ دَلَّ أَنَّ الْهَرَبَ دَلِيلُ الرُّجُوعِ وَأَنَّ الرُّجُوعَ مُسْقِطٌ لِلْحَدِّ وَكَمَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عن الْإِقْرَارِ بِالزِّنَا يَصِحُّ عن الْإِقْرَارِ بِالْإِحْصَانِ حتى لو ثَبَتَ على الْإِقْرَارِ بِالزِّنَا وَرَجَعَ عن الْإِقْرَارِ بِالْإِحْصَانِ يَسْقُطُ عنه الرَّجْمُ وَيُجْلَدُ لِأَنَّ

الْإِحْصَانَ شَرْطُ صَيْرُورَةِ الزِّنَا عِلَّةً لِوُجُوبِ الرَّجْمِ فَيَصِحُّ الرُّجُوعُ عنه كما يَصِحُّ عن الزِّنَا فَيَبْطُلُ الْإِحْصَانُ وَيَبْقَى الزِّنَا فَيَجِبُ الْجَلْدُ
وَأَمَّا الرُّجُوعُ عن الْإِقْرَارِ بِالْقَذْفِ فَلَا يُسْقِطُ الْحَدَّ لِأَنَّ هذا الْحَدَّ حَقُّ الْعَبْدِ من وَجْهٍ وَحَقُّ الْعَبْدِ بعدما ثَبَتَ لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ بِالرُّجُوعِ كَالْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ
وَمِنْهَا تَصْدِيقُ الْمَقْذُوفِ القاذف (((والقاذف))) في الْقَذْفِ لِأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُ فَقَدْ ظَهَرَ صِدْقُهُ في الْقَذْفِ وَمِنْ الْمُحَالِ أَنْ يُحَدَّ الصَّادِقُ على الصِّدْقِ وَلِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ إنَّمَا وَجَبَ لِدَفْعِ عَارِ الزِّنَا وَشَيْنِهِ عن الْمَقْذُوفِ وَلَمَّا صَدَّقَهُ في الْقَذْفِ فَقَدْ الْتَزَمَ الْعَارَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَنْدَفِعُ عنه بِالْحَدِّ فَيَسْقُطُ ضَرُورَةً
وَمِنْهَا تَكْذِيبُ الْمَقْذُوفِ الْمُقِرَّ في إقْرَارِهِ بِالْقَذْفِ بِأَنْ يَقُولَ له إنَّكَ لم تَقْذِفْنِي بِالزِّنَا لِأَنَّهُ لَمَّا كَذَّبَهُ بالقذف فَقَدْ كَذَّبَ نَفْسَهُ في الدَّعْوَى وَالدَّعْوَى شَرْطُ ظُهُورِ هذا الْحَدِّ
وَمِنْهَا تَكْذِيبُ الْمَقْذُوفِ حُجَّتَهُ على الْقَذْفِ وَهِيَ الْبَيِّنَةُ بِأَنْ يَقُولَ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِالْحَدِّ قبل الْإِمْضَاءِ شُهُودِي شَهِدُوا بِزُورٍ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا في التَّكْذِيبِ فَثَبَتَ الشُّبْهَةُ وَلَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الْحَدِّ مع الشُّبْهَةِ
وَمِنْهَا تَكْذِيبُ الْمَزْنِيِّ بها الْمُقِرَّ بِالزِّنَا قبل إقَامَةِ الْحَدِّ عليه بِأَنْ قال رَجُلٌ زَنَيْتُ بِفُلَانَةَ فَكَذَّبَتْهُ وَأَنْكَرَتْ الزِّنَا وَقَالَتْ لَا أَعْرِفُكَ وَيَسْقُطُ الْحَدُّ عن الرَّجُلِ وَهَذَا قَوْلُهُمَا
وقال مُحَمَّدٌ لَا يَسْقُطُ
كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الِاخْتِلَافَ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ قَوْلَ أبي يُوسُفَ مع قَوْلِ مُحَمَّدٍ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ زِنَا الرَّجُلِ قد ظَهَرَ بِإِقْرَارِهِ وَامْتِنَاعُ الظُّهُورِ في جَانِبِ الْمَرْأَةِ لِمَعْنًى يَخُصُّهَا وهو إنْكَارُهَا فَلَا يَمْنَعُ الظُّهُورَ في جَانِبِ الرَّجُلِ
وَلَهُمَا أَنَّ الزِّنَا لَا يَقُومُ إلَّا بِالْفَاعِلِ وَالْمَحِلِّ فإذا لم يَظْهَرْ في جَانِبِهَا امْتَنَعَ الظُّهُورُ في جَانِبِهِ
هذا إذَا أَنْكَرَتْ ولم تدع (((تدعي))) على الرَّجُلِ حَدَّ الْقَذْفِ فَإِنْ ادَّعَتْ على الرَّجُلِ حَدَّ الْقَذْفِ يُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ وَيَسْقُطُ حَدُّ الزِّنَا لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عليه حَدَّانِ
هذا إذَا كَذَّبَتْهُ ولم تدع (((تدعي))) النِّكَاحَ
فَأَمَّا إذَا ادَّعَتْ النِّكَاحَ وَالْمَهْرَ قبل إقَامَةِ الْحَدِّ عليه يَسْقُطُ الْحَدُّ عن الرَّجُلِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لم يَجِبْ عليها لِلشُّبْهَةِ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ صَادِقَةً في دَعْوَى النِّكَاحِ فَتَمَكَّنَتْ الشُّبْهَةُ في وُجُوبِ الْحَدِّ عليها
وإذا لم يَجِبْ عليها الْحَدُّ تَعَدَّى إلَى جَانِبِ الرَّجُلِ فَسَقَطَ عنه وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَخْلُو عن عُقُوبَةٍ أو غَرَامَةٍ وَإِنْ كان دَعْوَى النِّكَاحِ منها بَعْدَ إقَامَةِ الْحَدِّ على الرَّجُلِ لَا مَهْرَ لها عليه لِأَنَّ الْوُجُوبَ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِضَرُورَةِ إقَامَةِ الْحَدِّ ولم تُوجَدْ
وَعَلَى هذا أَقَرَّتْ الْمَرْأَةُ

بِالزِّنَا مع فُلَانٍ فَأَنْكَرَ الرَّجُلُ وَكَذَّبَهَا أو ادَّعَى النِّكَاحَ على الِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ
وَلَوْ أَقَرَّ الرَّجُلُ بِالزِّنَا بِفُلَانَةَ فَادَّعَتْ الْمَرْأَةُ الِاسْتِكْرَاهَ يُحَدُّ الرَّجُلُ بِالِاتِّفَاقِ

فُرِّقَ بين هذا وَبَيْنَ الْأَوَّلِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمَرْأَةَ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَنْكَرَتْ وُجُودَ الزِّنَا فلم يَثْبُتْ الزِّنَا من جَانِبِهَا فَتَعَدَّى إلَى جَانِبِ الْآخَرِ وَهَهُنَا أَقَرَّتْ بالزناد (((بالزنا))) لَكِنَّهَا ادَّعَتْ الشُّبْهَةَ لِمَعْنًى يَخُصُّهَا وهو كَوْنُهَا مُكْرَهَةً فَلَا يَتَعَدَّى إلَى جَانِبِ الرَّجُلِ وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّا لو تَيَقَّنَّا بِالْإِكْرَاهِ يُقَامُ الْحَدُّ على الرَّجُلِ بِالْإِجْمَاعِ
وَلَوْ تَيَقَّنَّا بِالنِّكَاحِ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لَا يُقَامُ الْحَدُّ على الرَّجُلِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا رُجُوعُ الشُّهُودِ بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ لِأَنَّ رُجُوعَهُمْ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ فَيُورِثُ شُبْهَةً وَالْحُدُودُ لَا تُسْتَوْفَى مع الشُّبُهَاتِ
وقد ذَكَرْنَا الْأَحْكَامَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِرُجُوعِ الشُّهُودِ في بَابِ الْحُدُودِ كُلِّهِمْ أو بَعْضِهِمْ قبل الْقَضَاءِ أو بَعْدَهُ قبل الْإِمْضَاءِ أو بعده بِمَا فيه من الِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ في كِتَابِ الرُّجُوعِ عن الشَّهَادَاتِ
وَمِنْهَا بُطْلَانُ أَهْلِيَّةِ شَهَادَتِهِمْ بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ بِالْفِسْقِ وَالرِّدَّةِ وَالْجُنُونِ وَالْعَمَى وَالْخَرَسِ وَحَدِّ الْقَذْفِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَمِنْهَا مَوْتُهُمْ في حَدِّ الرَّجْمِ خَاصَّةً في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْبِدَايَةَ بِالشُّهُودِ شَرْطُ جَوَازِ الْإِقَامَةِ وقد فَاتَ بِالْمَوْتِ على وَجْهٍ لَا يُتَصَوَّرُ عَوْدُهُ فَسَقَطَ الْحَدُّ ضَرُورَةً
وَأَمَّا اعْتِرَاضُ مِلْكِ النِّكَاحِ أو مِلْكِ الْيَمِينِ فَهَلْ يُسْقِطُ الْحَدَّ بِأَنْ زنا بِامْرَأَةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أو بِجَارِيَةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فيه ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ رَوَى مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ عنه أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ
وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ
وَرَوَى أبو يُوسُفَ عنه أَنَّهُ يَسْقُطُ
وَرَوَى الْحَسَنُ عنه أَنَّ اعْتِرَاضَ الشِّرَاءِ يَسْقُطُ وَاعْتِرَاضَ النِّكَاحِ لَا يَسْقُطُ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْحَسَنِ أَنَّ الْبُضْعَ لَا يَصِيرُ مَمْلُوكًا لِلزَّوْجِ بِالنِّكَاحِ بِدَلِيلِ أنها إذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ كان الْعُقْرُ لها وَالْعُقْرُ بَدَلُ الْبُضْعِ
وَالْبَدَلُ إنَّمَا يَكُونُ لِمَنْ كان له الْمُبْدَلُ فلم يَحْصُلْ اسْتِيفَاءُ مَنَافِعِ الْبُضْعِ من مَحِلٍّ مَمْلُوكٍ له فَلَا يُورِثُ شُبْهَةً وَبُضْعُ الْأَمَةِ يَصِيرُ مَمْلُوكًا لِلْمَوْلَى بِالشِّرَاءِ أَلَا تَرَى أنها لو وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ كان الْعُقْرُ لِلْمَوْلَى فَحَصَلَ الِاسْتِيفَاءُ من مَحِلٍّ مَمْلُوكٍ له فَيُورِثُ شُبْهَةً فَصَارَ كَالسَّارِقِ إذَا مَلَكَ الْمَسْرُوقَ بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ
وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَصِيرُ مَمْلُوكَةً لِلزَّوْجِ بِالنِّكَاحِ في حَقِّ الِاسْتِمْتَاعِ فَحَصَلَ الِاسْتِيفَاءُ من مَحِلٍّ مَمْلُوكٍ فَيَصِيرُ شُبْهَةً كَالسَّارِقِ إذَا مَلَكَ الْمَسْرُوقَ
وَجْهُ رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْوَطْءَ حَصَلَ زِنًا مَحْضًا لِمُصَادِفَتِهِ مَحِلًّا غير مَمْلُوكٍ له فَحَصَلَ مُوجِبًا لِلْحَدِّ وَالْعَارِضِ وهو الْمِلْكُ لَا يَصْلُحُ مُسْقِطًا لِاقْتِصَارِهِ على حَالَةِ ثُبُوتِهِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِالنِّكَاحِ وَالشِّرَاءِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وُجِدَ لِلْحَالِ فَلَا يَسْتَنِدُ الْمِلْكُ الثَّابِتُ بِهِ إلَى وَقْتِ وُجُودِ الْوَطْءِ فَبَقِيَ الْوَطْءُ خَالِيًا عن الْمِلْكِ فَبَقِيَ زِنًا مَحْضًا مُوجِبًا لِلْحَدِّ بِخِلَافِ السَّارِقِ إذَا مَلَكَ الْمَسْرُوقَ لِأَنَّ هُنَاكَ وُجِدَ الْمُسْقِطُ وهو بُطْلَانُ وِلَايَةِ الْخُصُومَةِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ هُنَاكَ شَرْطٌ وقد خَرَجَ الْمَسْرُوقُ منه من أَنْ يَكُونَ خَصْمًا بِمِلْكِ الْمَسْرُوقِ لذلك (((ولذلك))) افْتَرَقَا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً فزنا (((فزنى))) بها فَمَاتَتْ رَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي

حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ عليه الْحَدَّ وَقِيمَةَ الْجَارِيَةِ وَرَوَى الْحَسَنُ عنهما أَنَّ عليه الْقِيمَةَ وَلَا حَدَّ عليه
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ هذا أَصَحُّ الرِّوَايَتَيْنِ
وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الضَّمَانَ لَا يَجِبُ إلَّا بَعْدَ هَلَاكِ الْجَارِيَةِ وَهِيَ بَعْدَ الْهَلَاكِ لَا تَحْتَمِلُ الْمِلْكَ فَلَا يَمْلِكُهَا الْغَاصِبُ بِالضَّمَانِ فَلَا يَمْتَنِعُ وُجُوبُ الْحَدِّ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْحَسَنِ أَنَّ الضَّمَانَ لَا يَجِبُ بَعْدَ الْهَلَاكِ وَإِنَّمَا يَجِبُ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الْحَيَاةِ وَهِيَ مُحْتَمَلَةٌ لملك (((للملك))) في ذلك الْوَقْتِ فَيَسْتَنِدُ إلَى وَقْتِ وُجُودِ السَّبَبِ وَلِأَنَّ حَيَاةَ الْمَحِلِّ تُشْتَرَطُ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ فيه مَقْصُودًا بِمُبَادَلَةٍ مَقْصُودَةٍ وَالْمِلْكُ هَهُنَا يَثْبُتُ ضَرُورَةَ اسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ في مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ في عَقْدِ الْمُبَادَلَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ له حَيَاةُ الْمَحِلِّ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ في الْمَيِّتِ وأن (((وأنه))) يَمْنَعُ وُجُوبَ الْحَدِّ
وَلَوْ غَصَبَ حُرَّةً فزنا (((فزنى))) بها فَمَاتَتْ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالدِّيَةُ لِأَنَّ مِلْكَ الضَّمَانِ في الْحُرَّةِ لَا يُوجِبُ مِلْكَ الْمَضْمُونِ لِأَنَّ الْمَحِلَّ لَا يَحْتَمِلُ التَّمَلُّكَ فَلَا يَمْتَنِعُ وُجُوبُ الْحَدِّ بِخِلَافِ الْأَمَةِ
وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْحُدُودِ إذَا اجْتَمَعَتْ فَالْأَصْلُ في أَسْبَابِ الْحُدُودِ إذَا اجْتَمَعَتْ أَنْ يُقَدَّمَ حَقُّ الْعَبْدِ في الِاسْتِيفَاءِ على حَقِّ اللَّهِ عز وجل لِحَاجَةِ الْعَبْدِ إلَى الِانْتِفَاعِ بِحَقِّهِ
وَتَعَالَى اللَّهُ تَعَالَى عن الْحَاجَاتِ
ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ لم يُمْكِنْ اسْتِيفَاءُ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى تَسْقُطُ ضَرُورَةً وَإِنْ أَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا فَإِنْ كان في إقَامَةِ شَيْءٍ منها إسْقَاطُ الْبَوَاقِي يُقَامُ ذلك دَرْءًا لِلْبَوَاقِي

لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ادْرَءُوا الْحُدُودَ ما اسْتَطَعْتُمْ وَإِنْ لم يَكُنْ في إقَامَةِ شَيْءٍ منها إسْقَاطُ الْبَوَاقِي يُقَامُ الْكُلُّ جَمْعًا بين الْحَقَّيْنِ في الِاسْتِيفَاءِ
وإذا ثَبَتَ هذا فَنَقُولُ إذَا اجْتَمَعَ الْقَذْفُ وَالشُّرْبُ وَالسُّكْرُ وَالزِّنَا من غَيْرِ إحْصَانٍ وَالسَّرِقَةُ بِأَنْ قَذَفَ إنْسَانًا بِالزِّنَا وَشَرِبَ الْخَمْرَ وَسَكِرَ من غَيْرِ الْخَمْرِ من الْأَشْرِبَةِ الْمَعْهُودَةِ وَزَنَى وهو غَيْرُ مُحْصَنٍ وَسَرَقَ مَالَ إنْسَانٍ ثُمَّ أتى بِهِ إلَى الْإِمَامِ بَدَأَ الْإِمَامُ بِحَدِّ الْقَذْفِ فَيَضْرِبُهُ لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ عز وجل (((شأنه))) من وَجْهٍ وما سِوَاهُ حُقُوقُ الْعِبَادِ على الْخُلُوصِ فَيُقَدَّمُ اسْتِيفَاؤُهُ ثُمَّ يَسْتَوْفِي حُقُوقَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهَا وَلَيْسَ في إقَامَةِ شَيْءٍ منها إسْقَاطُ الْبَوَاقِي فَلَا يَسْقُطُ
ثُمَّ إذَا ضُرِبَ حَدَّ الْقَذْفِ يُحْبَسُ حتى يَبْرَأَ من الضَّرْبِ ثُمَّ الْإِمَامُ بِالْخِيَارِ في الْبِدَايَةِ إنْ شَاءَ بَدَأَ بِحَدِّ الزِّنَا وَإِنْ شَاءَ بِحَدِّ السَّرِقَةِ وَيُؤَخِّرُ حَدَّ الشُّرْبِ عنهما لِأَنَّهُمَا ثَبَتَا بِنَصِّ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَحَدُّ الشُّرْبِ لم يَثْبُتْ بِنَصِّ الْكِتَابِ الْكَرِيمِ إنَّمَا ثَبَتَ بِإِجْمَاعٍ مَبْنِيٍّ على الِاجْتِهَادِ أو على خَبَرِ الْوَاحِدِ وَلَا شَكَّ أَنَّ الثَّابِتَ بِنَصِّ الْكِتَابِ آكَدُ ثُبُوتًا وَلَا يَجْمَعُ ذلك كُلَّهُ في وَقْتٍ وَاحِدٍ بَلْ يُقَامُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ ما بَرَأَ من الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْجَمْعَ بين الْكُلِّ في وَقْتٍ وَاحِدٍ يُفْضِي إلَى الْهَلَاكِ
وَلَوْ كان من جُمْلَةِ هذه الْحُدُودِ حَدُّ الرَّجْمِ بِأَنْ زَنَى وهو مُحْصَنٌ يُبْدَأُ بِحَدِّ

الْقَذْفِ وَيَضْمَنُ السَّرِقَةَ وَيُرْجَمُ وَيُدْرَأُ عنه ما سِوَى ذلك لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ حَقُّ الْعَبْدِ فَيُقَدَّمُ في الِاسْتِيفَاءِ
وفي إقَامَةِ حَدِّ الرَّجْمِ إسْقَاطُ الْبَوَاقِي فَيُقَامُ دَرْءًا لِلْبَوَاقِي لِأَنَّ الْحُدُودَ وَاجِبَةُ الدَّرْءِ ما أَمْكَنَ فَيُدْرَأُ إلَّا أَنَّهُ يَضْمَنُ السَّرِقَةَ لِأَنَّ الْمَالَ لَا يَحْتَمِلُ الدَّرْءَ
وَكَذَا لو كان مع هذه الْحُدُودِ قِصَاصٌ في النَّفْسِ يُبْدَأُ بِحَدِّ الْقَذْفِ وَيَضْمَنُ السَّرِقَةَ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا وَيُدْرَأُ ما سِوَى ذلك وَإِنَّمَا بدىء بِحَدِّ الْقَذْفِ دُونَ الْقِصَاصِ الذي هو خَالِصُ حَقِّ الْعَبْدِ لِأَنَّ في الْبِدَايَةِ بِالْقِصَاصِ إسْقَاطَ حَدِّ الْقَذْفِ وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ لِذَلِكَ يُبْدَأُ بِحَدِّ الْقَذْفِ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا وَيَبْطُلُ ما سِوَى ذلك لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الْقَتْلِ إلَّا أَنَّهُ يَضْمَنُ السَّرِقَةَ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان مع الْقِصَاصِ في النَّفْسِ قِصَاصٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يُحَدُّ حَدَّ الْقَذْفِ يقتص (((ويقتص))) فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَيُقْتَصُّ في النَّفْسِ وَيُلْغَى ما سِوَى ذلك
وَلَوْ لم يَكُنْ في الْحُدُودِ حَدُّ الْقَذْفِ وَيُقْتَصُّ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ثُمَّ يُقْتَصُّ في النَّفْسِ ويلغي ما سِوَى ذلك وَلَوْ اجْتَمَعَتْ الْحُدُودُ الْخَالِصَةُ وَالْقَتْلُ يُقْتَصُّ وَيُلْغَى ما سِوَى ذلك لِأَنَّ تَقْدِيمَ الْقِصَاصِ على الْحُدُودِ في الِاسْتِيفَاءِ وَاجِبٌ وَمَتَى قُدِّمَ اسْتِيفَاؤُهُ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْحُدُودِ فَتَسْقُطُ ضَرُورَةً
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْمَحْدُودِ فَالْحَدُّ إنْ كان رَجْمًا فإذا قُتِلَ يُدْفَعُ إلَى أَهْلِهِ فَيَصْنَعُونَ بِهِ ما يُصْنَعُ بِسَائِرِ الْمَوْتَى فَيُغَسِّلُونَهُ وَيُكَفِّنُونَهُ وَيُصَلُّونَ عليه وَيَدْفِنُونَهُ
بهذا أَمَرَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَمَّا رُجِمَ مَاعِزًا
فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اصْنَعُوا بِهِ ما تَصْنَعُونَ بِمَوْتَاكُمْ
وَإِنْ كان جَلْدًا فَحُكْمُ الْمَحْدُودِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ في سَائِرِ الْأَحْكَامِ من الشَّهَادَةِ وَغَيْرِهَا إلَّا الْمَحْدُودَ في الْقَذْفِ خَاصَّةً في أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فإنه تَبْطُلُ شَهَادَتُهُ على التَّأْبِيدِ حتى لَا تُقْبَلَ وَإِنْ تَابَ إلَّا في الدِّيَانَاتِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَ التَّوْبَةِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ وَفُرُوعَهَا في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ

وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا التَّعْزِيرُ فَالْكَلَامُ فيه في مَوَاضِعَ في بَيَانِ سَبَبِ وُجُوبِ التَّعْزِيرِ وفي بَيَانِ شَرْطِ وُجُوبِهِ وفي بَيَانِ قَدْرِهِ وفي بَيَانِ وَصْفِهِ وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ بِهِ أَمَّا سَبَبُ وُجُوبِهِ فَارْتِكَابُ جِنَايَةٍ ليس لها حَدٌّ مُقَدَّرٌ في الشَّرْعِ سَوَاءٌ كانت الْجِنَايَةُ على حَقِّ اللَّهِ كَتَرْكِ الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَنَحْوِ ذلك أو على حَقِّ الْعَبْدِ بِأَنْ آذَى مُسْلِمًا بِغَيْرِ حَقٍّ بِفِعْلٍ أو بِقَوْلٍ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ بِأَنْ قال له يا خَبِيثُ يا فَاسِقُ يا سَارِقُ يا فَاجِرُ يا كَافِرُ يا آكِلَ الرِّبَا يا شَارِبَ الْخَمْرِ وَنَحْوُ ذلك
فَإِنْ قال له يا كَلْبُ يا خِنْزِيرُ يا حِمَارُ يا ثَوْرُ وَنَحْوُ ذلك لَا يَجِبُ عليه التَّعْزِيرُ لِأَنَّ في النَّوْعِ الْأَوَّلِ إنَّمَا وَجَبَ التَّعْزِيرُ لِأَنَّهُ أَلْحَقَ الْعَارَ بِالْمَقْذُوفِ إذْ الناس بين مُصَدِّقٍ وَمُكَذِّبٍ فَعُزِّرَ دَفْعًا لِلْعَارِ عنه وَالْقَاذِفُ في النَّوْعِ الثَّانِي أَلْحَقَ الْعَارَ بِنَفْسِهِ بِقَذْفِهِ غَيْرَهُ بِمَا لَا يُتَصَوَّرُ فَيَرْجِعُ عَارُ الْكَذِبِ إلَيْهِ لَا إلَى الْمَقْذُوفِ

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرْطُ وُجُوبِهِ فَالْعَقْلُ فَقَطْ فَيُعَزَّرُ كُلُّ عَاقِلٍ ارْتَكَبَ جِنَايَةً ليس لها حَدٌّ مُقَدَّرٌ سَوَاءٌ كان حُرًّا أو عَبْدًا ذَكَرًا أو أُنْثَى مُسْلِمًا أو كَافِرًا بَالِغًا أو صَبِيًّا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا لِأَنَّ هَؤُلَاءِ من أَهْلِ الْعُقُوبَةِ إلَّا الصَّبِيَّ الْعَاقِلَ فإنه

يُعَزَّرُ تَأْدِيبًا لَا عُقُوبَةً لِأَنَّهُ من أَهْلِ التَّأْدِيبِ
أَلَا تَرَى إلَى ما رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلَاةِ إذَا بَلَغُوا سَبْعًا وَاضْرِبُوهُمْ عليها إذَا بَلَغُوا عَشْرًا وَذَلِكَ بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ وَالتَّهْذِيبِ لَا بِطَرِيقِ الْعُقُوبَةِ لِأَنَّهَا تَسْتَدْعِي الْجِنَايَةَ وَفِعْلُ الصَّبِيِّ لَا يُوصَفُ بِكَوْنِهِ جِنَايَةً بِخِلَافِ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ الْعُقُوبَةِ وَلَا من أَهْلِ التَّأْدِيبِ
فَصْلٌ وَأَمَّا قَدْرُ التَّعْزِيرِ فإنه إنْ وَجَبَ بِجِنَايَةٍ ليس من جِنْسِهَا ما يُوجِبُ الْحَدَّ كما إذَا قال لِغَيْرِهِ يا فَاسِقُ يا خَبِيثُ يا سَارِقُ وَنَحْوُ ذلك فَالْإِمَامُ فيه بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ عَزَّرَهُ بِالضَّرْبِ وَإِنْ شَاءَ بِالْحَبْسِ وَإِنْ شَاءَ بِالْكَهْرِ وَالِاسْتِخْفَافِ بِالْكَلَامِ
وَعَلَى هذا يُحْمَلُ قَوْلُ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه لِعُبَادَةَ بن الصَّامِتِ يا أَحْمَقُ إن ذلك كان على سَبِيلِ التَّعْزِيرِ منه إيَّاهُ لَا على سَبِيلِ الشَّتْمِ إذْ لَا يُظَنُّ ذلك من مِثْلِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه لَا بِأَحَدٍ فَضْلًا عن الصَّحَابِيِّ
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من رَتَّبَ التَّعْزِيرَ على مَرَاتِبِ الناس فقال التَّعَازِيرُ على أَرْبَعَةِ مَرَاتِبَ تَعْزِيرُ الْأَشْرَافِ وَهُمْ الدَّهَّاقُونَ وَالْقُوَّادُ وَتَعْزِيرُ أَشْرَافِ الْأَشْرَافِ وَهُمْ الْعَلَوِيَّةُ وَالْفُقَهَاءُ وَتَعْزِيرُ الْأَوْسَاطِ وَهُمْ السُّوقَةُ وَتَعْزِيرُ الْأَخِسَّاءِ وَهُمْ السِّفْلَةُ فَتَعْزِيرُ أَشْرَافِ الْأَشْرَافِ بِالْإِعْلَامِ الْمُجَرَّدِ وهو أَنْ يَبْعَثَ الْقَاضِي أَمِينَهُ إلَيْهِ فيقول له بَلَغَنِي أَنَّكَ تَفْعَلُ كَذَا وَكَذَا وَتَعْزِيرُ الْأَشْرَافِ بِالْإِعْلَامِ وَالْجَرِّ إلَى بَابِ الْقَاضِي وَالْخِطَابِ بِالْمُوَاجَهَةِ وَتَعْزِيرُ الْأَوْسَاطِ الإعلام (((بالإعلام))) وَالْجَرِّ وَالْحَبْسِ وَتَعْزِيرُ السَّفَلَةِ الإعلام (((بالإعلام))) وَالْجَرِّ وَالضَّرْبِ وَالْحَبْسِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من التَّعْزِيرِ هو الزَّجْرُ وَأَحْوَالُ الناس في الِانْزِجَارِ على هذه الْمَرَاتِبِ وَإِنْ وَجَبَ بِجِنَايَةٍ في جِنْسِهَا الْحَدُّ لَكِنَّهُ لم يَجِبْ لِفَقْدِ شَرْطِهِ كما إذَا قال لِصَبِيٍّ أو مَجْنُونٍ يا زَانِي أو لِذِمِّيَّةٍ أو أُمِّ وَلَدٍ يا زَانِيَةُ فَالتَّعْزِيرُ فيه بِالضَّرْبِ وَيَبْلُغُ أَقْصَى غَايَاتِهِ وَذَلِكَ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ
وفي رِوَايَةِ النَّوَادِرِ عنه تِسْعَةٌ وَسَبْعُونَ
وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ عليه الرَّحْمَةُ مُضْطَرِبٌ
ذَكَرَهُ الْفَقِيهُ أبو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ لَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ التَّعْزِيرُ الْحَدَّ لِمَا رُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من بَلَغَ حَدًّا في غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ من الْمُعْتَدِينَ إلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ صَرَفَ الْحَدَّ الْمَذْكُورَ في الحديث على الْأَحْرَارِ وَزَعَمَ أَنَّهُ الْحَدُّ الْكَامِلُ لَا حَدَّ الْمَمَالِيكِ لِأَنَّ ذلك بَعْضُ الْحَدِّ وَلَيْسَ بِحَدٍّ كَامِلٍ وَمُطْلَقُ الِاسْمِ يَنْصَرِفُ إلَى الْكَامِلِ في كل بَابٍ وَلِأَنَّ الْأَحْرَارَ هُمْ الْمَقْصُودُونَ في الْخِطَابِ وَغَيْرُهُمْ مُلْحَقٌ بِهِمْ فيه
ثُمَّ قال في رِوَايَةٍ يُنْقَصُ منها سَوْطٌ وهو الْأَقْيَسُ لِأَنَّ تَرْكَ التَّبْلِيغِ يَحْصُلُ بِهِ
وفي رِوَايَةٍ قال يُنْتَقَصُ منها خَمْسَةٌ
وَرُوِيَ ذلك أَثَرًا عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال يُعَزَّرُ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ قال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَلَّدْتُهُ في نُقْصَانِ الْخَمْسَةِ وَاعْتُبِرَتْ عنه أَدْنَى الْحُدُودِ وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ قال أَخَذْتُ كُلَّ فرع (((نوع))) من بَابِهِ وَأَخَذْتُ التَّعْزِيرَ في اللَّمْسِ وَالْقُبْلَةِ من حَدِّ الزِّنَا وَالْقَذْفَ بِغَيْرِ الزِّنَا من حَدِّ الْقَذْفِ

لِيَكُونَ إلْحَاقَ كل نَوْعٍ بِبَابِهِ وأبو حَنِيفَةَ صَرَفَهُ إلَى حَدِّ الْمَمَالِيكِ وهو أَرْبَعُونَ
لِأَنَّهُ ذَكَرَ حَدًّا مُنَكَّرًا فَيَتَنَاوَلُ حَدًّا ما وَأَرْبَعُونَ حَدٌّ كَامِلٌ في الْمَمَالِيكِ فَيَنْصَرِفُ
إلَيْهِ وَلِأَنَّ في الْحَمْلِ على هذا الْحَدِّ أَخْذًا بِالثِّقَةِ وَالِاحْتِيَاطِ لِأَنَّ اسْمَ الْحَدِّ يَقَعُ
على النَّوْعَيْنِ فَلَوْ حَمَلْنَاهُ على ما قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ يَقَعُ الْأَمْنُ عن وَعِيدِ التَّبْلِيغِ
لِأَنَّهُ لَا يَبْلُغُ وَلَوْ حَمَلْنَاهُ على ما قَالَهُ أبو يُوسُفَ لَا يَقَعُ الْأَمْنُ عنه لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ
أَرَادَ بِهِ حَدَّ الْمَمَالِيكِ فَيَصِيرُ مُبَلِّغًا غير الْحَدَّ فَيَلْحَقُهُ الْوَعِيدُ فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ
فِيمَا قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَتُهُ فَلَهُ صِفَاتٌ منها أَنَّهُ أَشَدُّ الضَّرْبِ
وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ في الْمُرَادِ بِالشِّدَّةِ الْمَذْكُورَةِ
قال بَعْضُهُمْ أُرِيدَ بها الشِّدَّةُ من حَيْثُ الْجَمْعِ وَهِيَ أَنْ يَجْمَعَ الضَّرَبَاتِ فيه على
عُضْوٍ وَاحِدٍ وَلَا يُفَرِّقُ بِخِلَافِ الْحُدُودِ
وقال بَعْضُهُمْ الْمُرَادُ منها الشِّدَّةُ في نَفْسِ الضَّرْبِ وهو الْإِيلَامُ ثُمَّ إنَّمَا كان
أَشَدَّ الضَّرْبِ لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ شُرِعَ لِلزَّجْرِ الْمَحْضِ ليس فيه مَعْنَى تَكْفِيرِ
الذَّنْبِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ فإن مَعْنَى الزَّجْرِ فيها يَشُوبُهُ مَعْنَى التَّكْفِيرِ لِلذَّنْبِ
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْحُدُودُ كَفَّارَاتٌ لِأَهْلِهَا فإذا تَمَحَّضَ التَّعْزِيرُ لِلزَّجْرِ
فَلَا شَكَّ أَنَّ الْأَشَدَّ أَزْجَرُ فَكَانَ في تَحْصِيلِ ما شُرِعَ له أَبْلَغُ
وَالثَّانِي أَنَّهُ قد نَقَصَ عن عَدَدِ الضَّرَبَاتِ فيه فَلَوْ لم يُشَدَّدْ في الضَّرْبِ لَا
يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ منه وهو الزَّجْرُ
وَمِنْهَا أَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعَفْوَ

وَالصُّلْحَ وَالْإِبْرَاءَ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ خَالِصًا فَتَجْرِي فيه هذه الْأَحْكَامُ كما تَجْرِي في
سَائِرِ الْحُقُوقِ لِلْعِبَادِ من الْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ
وَمِنْهَا أَنَّهُ يُوَرَّثُ كَالْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ لِمَا قُلْنَا
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَتَدَاخَلُ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَبْدِ لَا تَحْتَمِلُ التَّدَاخُلَ بِخِلَافِ الْحُدُودِ وَيُؤْخَذُ
فيه الْكَفِيلُ إلَّا أَنَّهُ لَا يُحْبَسُ لِتَعْدِيلِ الشُّهُودِ
أَمَّا التَّكْفِيلُ فَلِأَنَّ التَّكْفِيلَ لِلتَّوْثِيقِ
وَالتَّعْزِيرُ حَقُّ العبد (((للعبد))) فَكَانَ التَّوْثِيقُ مُلَائِمًا له بِخِلَافِ الْحُدُودِ
على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَأَمَّا عَدَمُ الْحَبْسِ فَلِأَنَّ الْحَبْسَ يَصْلُحُ تَعْزِيرًا في نَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ مَشْرُوعًا قبل
تَعْدِيلِ الشُّهُودِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ أَنَّهُ يُحْبَسُ فيها لِتَعْدِيلِ الشُّهُودِ لِأَنَّ الْحَبْسَ لَا
يَصْلُحُ حَدًّا
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ فَنَقُولُ إنَّهُ يَظْهَرُ بِهِ سَائِرُ حُقُوقِ الْعِبَادِ من الْإِقْرَارِ
وَالْبَيِّنَةِ وَالنُّكُولِ وَعِلْمِ الْقَاضِي وَيُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ النِّسَاءِ مع الرِّجَالِ وَالشَّهَادَةُ
على الشَّهَادَةِ وَكِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي كما في سَائِرِ حُقُوقِ الْعِبَادِ
وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يُقْبَلُ فيه شَهَادَةُ النِّسَاءِ
وَالصَّحِيحُ هو الْأَوَّلُ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ على الْخُلُوصِ فَيَظْهَرُ بِمَا يَظْهَرُ بِهِ حُقُوقُ
الْعِبَادِ وَلَا يُعْمَلُ فيه الرُّجُوعُ كما لَا يُعْمَلُ في الْقِصَاصِ وَغَيْرِهِ بِخِلَافِ الْحُدُودِ

الْخَالِصَةِ لِلَّهِ تَعَالَى وَاَللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَآبُ
كِتَابُ السَّرِقَةِ يُحْتَاجُ لِمَعْرِفَةِ مَسَائِلِ السَّرِقَةِ إلَى مَعْرِفَةِ رُكْنِ السَّرِقَةِ وَإِلَى مَعْرِفَةِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وَإِلَى مَعْرِفَةِ ما يَظْهَرُ بِهِ السَّرِقَةُ عِنْدَ الْقَاضِي وَإِلَى مَعْرِفَةِ حُكْمِ السَّرِقَةِ
فَصْلٌ أَمَّا رُكْنُ السَّرِقَةِ فَهُوَ الْأَخْذُ على سَبِيلِ الِاسْتِخْفَاءِ
قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إلَّا من اسْتَرَقَ السَّمْعَ } سَمَّى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَخْذَ الْمَسْمُوعِ على وَجْهِ الِاسْتِخْفَاءِ اسْتِرَاقًا وَلِهَذَا يُسَمَّى الْأَخْذُ على سَبِيلِ الْمُجَاهَرَةِ مُغَالَبَةً أو نُهْبَةً أو خِلْسَةً أو غَصْبًا أو انْتِهَابًا وَاخْتِلَاسًا لَا سَرِقَةً
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ سُئِلَ عن الْمُخْتَلِسِ وَالْمُنْتَهِبِ فقال تِلْكَ الدُّعَابَةُ لَا شَيْءَ فيها
وَرُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا قَطْعَ على نَبَّاشٍ وَلَا مُنْتَهِبٍ وَلَا خَائِنٍ ثُمَّ الْأَخْذُ على وَجْهِ الِاسْتِخْفَاءِ نَوْعَانِ مُبَاشَرَةٌ وَتَسَبُّبٌ
أَمَّا الْمُبَاشَرَةُ فَهُوَ أَنْ يَتَوَلَّى السَّارِقُ أَخْذَ الْمَتَاعِ وَإِخْرَاجَهُ من الْحِرْزِ بِنَفْسِهِ حتى لو دخل الْحِرْزَ وَأَخَذَ مَتَاعًا فَحَمَلَهُ أو لم يَحْمِلْهُ حتى ظَهَرَ عليه وهو في الْحِرْزِ قبل أَنْ يُخْرِجَهُ فَلَا قَطْعَ عليه لِأَنَّ الْأَخْذَ إثْبَاتُ الْيَدِ وَلَا يَتِمُّ ذلك إلَّا بِالْإِخْرَاجِ من الْحِرْزِ ولم يُوجَدْ
وَإِنْ رَمَى بِهِ خَارِجَ الْحِرْزِ ثُمَّ ظَهَرَ عليه قبل أَنْ يَخْرُجَ هو من الْحِرْزِ فَلَا قَطْعَ عليه لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِثَابِتَةٍ عليه عِنْدَ الْخُرُوجِ من الْحِرْزِ فَإِنْ لم يَظْهَرْ عليه حتى خَرَجَ وَأَخَذَ ما كان رَمَى بِهِ خَارِجَ الْحِرْزِ يُقْطَعُ
وَرُوِيَ عن زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْأَخْذَ من الْحِرْزِ لَا يَتِمُّ إلَّا بِالْإِخْرَاجِ منه وَالرَّمْيُ ليس بِإِخْرَاجٍ وَالْأَخْذُ من الْخَارِجِ ليس أَخْذًا من الْحِرْزِ فَلَا يَكُونُ سَرِقَةً
وَلَنَا أَنَّ الْمَالَ في حُكْمِ يَدِهِ ما لم تَثْبُتْ عليه يَدُ غَيْرِهِ فَقَدْ وُجِدَ منه الْأَخْذُ وَالْإِخْرَاجُ من الْحِرْزِ
وَلَوْ رَمَى بِهِ إلَى صَاحِبٍ له خَارِجَ الْحِرْزِ فَأَخَذَهُ الْمَرْمِيُّ إلَيْهِ فَلَا قَطْعَ على وَاحِدٍ مِنْهُمَا
أَمَّا الْخَارِجُ فَلِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه الْأَخْذُ من الْحِرْزِ
وَأَمَّا الدَّاخِلُ فَلِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه الْإِخْرَاجُ من الْحِرْزِ لِثُبُوتِ يَدِ الْخَارِجِ عليه
وَلَوْ نَاوَلَ صَاحِبًا له مُنَاوَلَةً من وَرَاءِ الْجِدَارِ ولم يَخْرُجْ هو فَلَا قَطْعَ على وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يُقْطَعُ الدَّاخِلُ وَلَا يُقْطَعُ الْخَارِجُ إذَا كان الْخَارِجُ لم يُدْخِلْ يَدَهُ إلَى الْحِرْزِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الدَّاخِلَ لَمَّا نَاوَلَ صَاحِبَهُ فَقَدْ أَقَامَ يَدَ صَاحِبِهِ مُقَامَ يَدِهِ فَكَأَنَّهُ خَرَجَ وَالْمَالُ في يَدِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِ الْقَطْعِ على الْخَارِجِ لِانْعِدَامِ فِعْلِ السَّرِقَةِ منه وهو الْأَخْذُ من الْحِرْزِ وَلَا سَبِيلَ إلَى إيجَابِهِ على الدَّاخِلِ لِانْعِدَامِ ثُبُوتِ يَدِهِ عليه حَالَةَ الْخُرُوجِ من الْحِرْزِ لِثُبُوتِ يَدِ صَاحِبِهِ بِخِلَافِ ما إذَا رَمَى بِهِ إلَى السِّكَّةِ ثُمَّ خَرَجَ وَأَخَذَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا لم تَثْبُتْ عليه يَدُ غَيْرِهِ فَهُوَ في حُكْمِ يَدِهِ فَكَأَنَّهُ خَرَجَ بِهِ حَقِيقَةً
وَإِنْ كان الْخَارِجُ أَدْخَلَ يَدَهُ في الْحِرْزِ فَأَخَذَهُ من يَدِ الدَّاخِلِ فَلَا قَطْعَ على وَاحِدٍ مِنْهُمَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال

أبو يُوسُفَ أَقْطَعُهُمَا جميعا
أَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ الْقَطْعِ على الدَّاخِلِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِعَدَمِ الْإِخْرَاجِ من الْحِرْزِ
يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ لو أَخْرَجَ يَدَهُ وَنَاوَلَ صَاحِبًا له لم يُقْطَعْ فَعِنْدَ عَدَمِ الْإِخْرَاجِ أَوْلَى وَالْوُجُوبُ عليه على أَصْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ
وَأَمَّا الْكَلَامُ في الْخَارِجِ فَمَبْنِيٌّ على مَسْأَلَةٍ أُخْرَى وَهِيَ أَنَّ السَّارِقَ إذَا نَقَبَ مَنْزِلًا وَأَدْخَلَ يَدَهُ فيه وَأَخْرَجَ الْمَتَاعَ ولم يَدْخُلْ فيه هل يُقْطَعُ ذَكَرَ في الْأَصْلِ وفي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ ولم يَحْكِ خِلَافًا
وقال أبو يُوسُفَ في الْإِمْلَاءِ أَقْطَعُ وَلَا أُبَالِي دخل الحرلا (((الحرز))) أو لم يَدْخُلْ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا نَقَبَ وَدَخَلَ وَجَمَعَ الْمَتَاعَ عِنْدَ النَّقْبِ ثُمَّ خَرَجَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فَرَفَعَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الرُّكْنَ في السَّرِقَةِ هو الْأَخْذُ من الْحِرْزِ فَأَمَّا الدُّخُولُ في الْحِرْزِ فَلَيْسَ بِرُكْنٍ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَدْخَلَ يَدَهُ في الصُّنْدُوقِ أو في الْجَوَالِقِ وَأَخْرَجَ الْمَتَاعَ يُقْطَعُ وَإِنْ لم يُوجَدْ الدُّخُولُ
وَلَهُمَا ما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال إذَا كان اللِّصُّ ظَرِيفًا لم يُقْطَعْ
قِيلَ وَكَيْفَ يَكُونُ ظَرِيفًا قال يُدْخِلُ يَدَهُ إلَى الدَّارِ وَيُمْكِنُهُ دُخُولُهَا ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَيَكُونَ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ هَتْكَ الْحِرْزِ على سَبِيلِ الْكَمَالِ شَرْطٌ لِأَنَّ بِهِ تَتَكَامَلُ الْجِنَايَةُ وَلَا يَتَكَامَلُ الْهَتْكُ فِيمَا يُتَصَوَّرُ فيه الدُّخُولُ إلَّا بِالدُّخُولِ ولم يُوجَدْ بِخِلَافِ الْأَخْذِ من الصُّنْدُوقِ وَالْجَوَالِقِ لِأَنَّ هَتْكَهُمَا بِالدُّخُولِ مُتَعَذِّرٌ فَكَانَ الْأَخْذُ بِإِدْخَالِ الْيَدِ فيها هَتْكًا مُتَكَامِلًا فَيُقْطَعُ
وَلَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ الْمَتَاعَ من بَعْضِ بُيُوتِ الدَّارِ إلَى السَّاحَةِ لَا يُقْطَعُ ما لم يَخْرُجْ من الدَّارِ لِأَنَّ الدَّارَ مع اخْتِلَافِ بُيُوتِهَا حِرْزٌ وَاحِدٌ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ إذَا قِيلَ لِصَاحِبِ الدَّارِ احْفَظْ هذه الْوَدِيعَةَ في هذا الْبَيْتِ فَحَفِظَ في بَيْتٍ آخَرَ فَضَاعَتْ لم يَضْمَنْ
وَكَذَا إذَا أَذِنَ لِإِنْسَانٍ في دُخُولِ الدَّارِ فَدَخَلَهَا فَسَرَقَ من الْبَيْتِ لَا يُقْطَعُ وَإِنْ لم يَأْذَنْ له بِدُخُولِ الْبَيْتِ
دَلَّ أَنَّ الدَّارَ مع اخْتِلَافِ بُيُوتِهَا حِرْزٌ وَاحِدٌ فلم يَكُنْ الْإِخْرَاجُ إلَى صَحْنِ الدَّارِ إخْرَاجًا من الْحِرْزِ بَلْ هو نَقْلٌ من بَعْضِ الْحِرْزِ إلَى الْبَعْضِ بِمَنْزِلَةِ النَّقْلِ من زَاوِيَةٍ إلَى زَاوِيَةٍ أُخْرَى
هذا إذَا كانت الدَّارُ مع بُيُوتِهَا لِرَجُلٍ وَاحِدٍ فَأَمَّا إذَا كان كُلُّ مَنْزِلٍ فيها لِرَجُلٍ فَأَخْرَجَ الْمَتَاعَ من الْبَيْتِ إلَى السَّاحَةِ يُقْطَعُ لِأَنَّ كُلَّ بَيْتٍ حِرْزٌ على حِدَةٍ فَكَانَ الْإِخْرَاجُ منه إخْرَاجًا من الْحِرْزِ
وَكَذَلِكَ إذَا كان في الدَّارِ حُجَرٌ وَمَقَاصِيرُ فَسَرَقَ من مقصورة (((مقصور))) منها وَخَرَجَ بِهِ إلَى صَحْنِ الدَّارِ قُطِعَ لِأَنَّ كُلَّ مَقْصُورَةٍ منها حِرْزٌ على حِدَةٍ فَكَانَ الْإِخْرَاجُ منها إخْرَاجًا من الْحِرْزِ بِمَنْزِلَةِ الدَّارِ الْمُخْتَلِفَةِ في مَحَلَّةٍ وَاحِدَةٍ
وَلَوْ نَقَبَ رَجُلَانِ وَدَخَلَ أَحَدُهُمَا فَاسْتَخْرَجَ الْمَتَاعَ فلما خَرَجَ بِهِ إلَى السِّكَّةِ حَمَلَاهُ جميعا يُنْظَرُ إنْ عُرِفَ الدَّاخِلُ مِنْهُمَا بِعَيْنِهِ قُطِعَ لِأَنَّهُ هو السَّارِقُ لِوُجُودِ الْأَخْذِ وَالْإِخْرَاجِ منه وَيُعَزَّرُ الْخَارِجُ لِأَنَّهُ أَعَانَهُ على الْمَعْصِيَةِ وَهَذِهِ مَعْصِيَةٌ ليس فيها حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ
وَإِنْ لم يُعْرَفْ الدَّاخِلُ مِنْهُمَا لم يُقْطَعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِأَنَّ من عليه الْقَطْعُ

مَجْهُولٌ وَيُعَزَّرَانِ
أَمَّا الْخَارِجُ فَلِمَا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الدَّاخِلُ فَلِارْتِكَابِهِ جِنَايَةً لم يُسْتَوْفَ فيها الْحَدُّ لِعُذْرٍ فَتَعَيَّنَ التَّعْزِيرُ
وَلَوْ نَقَبَ بَيْتَ رَجُلٍ وَدَخَلَ عليه مُكَابَرَةً لَيْلًا حتى سَرَقَ منه مَتَاعَهُ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ إنْ لم يُوجَدْ الْأَخْذُ على سَبِيلِ الِاسْتِخْفَاءِ من الْمَالِكِ فَقَدْ وُجِدَ من الناس لِأَنَّ الْغَوْثَ لَا يَلْحَقُ بِاللَّيْلِ لِكَوْنِهِ وَقْتَ نَوْمٍ وَغَفْلَةٍ فَتَحَقَّقَتْ السَّرِقَةُ
وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ
وَأَمَّا التَّسَبُّبُ فَهُوَ أَنْ يَدْخُلَ جَمَاعَةٌ من اللُّصُوصِ مَنْزِلَ رَجُلٍ وَيَأْخُذُوا مَتَاعًا وَيَحْمِلُوهُ على ظَهْرِ وَاحِدٍ وَيُخْرِجُوهُ من الْمَنْزِلِ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُقْطَعَ إلَّا الْحَامِلُ خَاصَّةً وهو قَوْلُ زُفَرَ
وفي الِاسْتِحْسَانِ يُقْطَعُونَ جميعا
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ رُكْنَ السَّرِقَةِ لَا يَتِمُّ إلَّا بِالْإِخْرَاجِ من الْحِرْزِ وَذَلِكَ وُجِدَ منه مُبَاشَرَةً فَأَمَّا غَيْرُهُ فَمُعِينٌ له وَالْحَدُّ يَجِبُ على الْمُبَاشِرِ لَا على الْمُعِينِ كَحَدِّ الزِّنَا وَالشُّرْبِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِخْرَاجَ حَصَلَ من الْكُلِّ مَعْنًى لِأَنَّ الْحَامِلَ لَا يَقْدِرُ على الْإِخْرَاجِ إلَّا بِإِعَانَةِ الْبَاقِينَ وَتَرَصُّدِهِمْ لِلدَّفْعِ فَكَانَ الْإِخْرَاجُ من الْكُلِّ من حَيْثُ الْمَعْنَى
وَلِهَذَا أُلْحِقَ الْمُعِينُ بِالْمُبَاشِرِ في قَطْعِ الطَّرِيقِ وفي الْغَنِيمَةِ
كَذَا هذا وَلِأَنَّ الْحَامِلَ عَامِلٌ لهم فَكَأَنَّهُمْ حَمَلُوا الْمَتَاعَ على حِمَارٍ وَسَاقُوهُ حتى أَخْرَجُوهُ من الْحِرْزِ وَلِأَنَّ السَّارِقَ لَا يَسْرِقُ وَحْدَهُ عَادَةً بَلْ مع أَصْحَابِهِ وَمِنْ عَادَةِ السُّرَّاقِ أَنَّهُمْ كلهم لَا يَشْتَغِلُونَ بِالْجَمْعِ وَالْإِخْرَاجِ بَلْ يَرْصُدُ الْبَعْضُ فَلَوْ جُعِلَ ذلك مَانِعًا من وُجُوبِ الْقَطْعِ لَانْسَدَّ بَابُ الْقَطْعِ وَانْفَتَحَ بَابُ السَّرِقَةِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِهَذَا أُلْحِقَتْ الْإِعَانَةُ بِالْمُبَاشَرَةِ في بَابِ قَطْعِ الطَّرِيقِ
كَذَا هذا
وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى السَّارِقِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَسْرُوقِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَسْرُوقِ منه

وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَسْرُوقِ فيه وهو الْمَكَانُ
أَمَّا ما يَرْجِعُ إلَى السَّارِقِ فَأَهْلِيَّةُ وُجُوبِ الْقَطْعِ وَهِيَ الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ فَلَا يُقْطَعُ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لِمَا رُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قال رُفِعَ الْقَلَمُ عن ثَلَاثَةٍ عن الصَّبِيِّ حتى يَحْتَلِمَ
وَعَنْ الْمَجْنُونِ حتى يُفِيقَ وَعَنْ النَّائِمِ حتى يَسْتَيْقِظَ أَخْبَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّ الْقَلَمَ مَرْفُوعٌ عنهما وفي إيجَابِ الْقَطْعِ إجْرَاءُ الْقَلَمِ عَلَيْهِمَا
وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ وَلِأَنَّ الْقَطْعَ عُقُوبَةٌ فَيَسْتَدْعِي جِنَايَةً وَفِعْلُهُمَا لَا يُوصَفُ بِالْجِنَايَاتِ وَلِهَذَا لم يَجِبْ عَلَيْهِمَا سَائِرُ الْحُدُودِ
كَذَا هذا
وَيَضْمَنَانِ السَّرِقَةَ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ ضَمَانِ الْمَالِ
وَإِنْ كان السَّارِقُ يُجَنُّ مُدَّةً وَيُفِيقُ أُخْرَى فَإِنْ سَرَقَ في حَالِ جُنُونِهِ لم يُقْطَعْ

وَإِنْ سَرَقَ في حَالِ الْإِفَاقَةِ يُقْطَعْ
وَلَوْ سَرَقَ جَمَاعَةٌ فِيهِمْ صَبِيٌّ أو مَجْنُونٌ يَدْرَأُ عَنْهُمْ الْقَطْعَ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ هو الذي تَوَلَّى إخْرَاجَ الْمَتَاعِ درىء (((درئ))) عَنْهُمْ جميعا وَإِنْ كان وَلِيَهُ غَيْرُهُمَا قُطِعُوا جميعا إلَّا الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْإِخْرَاجَ من الْحِرْزِ هو الْأَصْلُ في السَّرِقَةِ وَالْإِعَانَةُ كَالتَّابِعِ فإذا وَلِيَهُ الصَّبِيُّ أو الْمَجْنُونُ فَقَدْ أتى بِالْأَصْلِ فإذا لم يَجِبْ الْقَطْعُ بِالْأَصْلِ كَيْفَ يَجِبُ بِالتَّابِعِ فإذا وَلِيَهُ بَالِغٌ عَاقِلٌ فَقَدْ حُصِلَ الْأَصْلُ منه فَسُقُوطُهُ عن التَّبَعِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَهُ عن الْأَصْلِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رحمهم (((رحمهما))) اللَّهُ أَنَّ السَّرِقَةَ وَاحِدَةٌ وقد حَصَلَتْ مِمَّنْ يَجِبُ عليه الْقَطْعُ وَمِمَّنْ لَا يَجِبُ عليه الْقَطْعُ فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ على أَحَدٍ كَالْعَامِدِ مع الخاطىءِ إذَا اشْتَرَكَا في الْقَطْعِ أو في الْقَتْلِ وَقَوْلُهُ الْإِخْرَاجُ أَصْلٌ في السَّرِقَةِ مُسَلَّمٌ لَكِنَّهُ حَصَلَ من الْكُلِّ مَعْنًى لِاتِّحَادِ الْكُلِّ في مَعْنَى التَّعَاوُنِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ فَكَانَ إخْرَاجُ غَيْرِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ كَإِخْرَاجِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ضَرُورَةَ الِاتِّحَادِ
وعلى هذا الْخِلَافِ إذَا كان فِيهِمْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْمَسْرُوقُ منه أَنَّهُ لَا قَطْعَ على أَحَدٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُدْرَأُ عن ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَيَجِبُ على الْأَجْنَبِيِّ وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُ إذَا كان فِيهِمْ شَرِيكُ الْمَسْرُوقِ منه أَنَّهُ لَا قَطْعَ على أَحَدٍ
فَأَمَّا الذُّكُورَةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِثُبُوتِ الْأَهْلِيَّةِ فَتُقْطَعُ الْأُنْثَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } وَكَذَلِكَ الْحُرِّيَّةُ فَيُقْطَعُ الْعَبْدُ وَالْأَمَةُ وَالْمُدَبَّرُ وَالْمُكَاتَبُ وَأُمُّ الْوَلَدِ لِعُمُومِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ
وَيَسْتَوِي الْآبِقُ وَغَيْرُهُ لِمَا قُلْنَا
وَذُكِرَ في الْمُوَطَّأِ أَنَّ عَبْدًا لِعَبْدِ اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما سَرَقَ وهو آبِقٌ فَبَعَثَ بِهِ عبد اللَّهِ إلَى سَعِيدِ بن الْعَاصِ رضي اللَّهُ عنه لِيَقْطَعَ يَدَهُ فَأَبَى سَعِيدٌ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ وقال لَا تقطع (((نقطع))) يَدَ الْآبِقِ إذَا سَرَقَ فقال عبد اللَّهِ في أَيِّمَا كِتَابِ اللَّهِ تعالى عز شَأْنُهُ وَجَدْتَ هذا إن الْعَبْدَ الْآبِقَ إذَا سَرَقَ لَا تُقْطَعُ يَدُهُ فَأَمَرَ بِهِ عبد اللَّهِ رضي اللَّهُ عنه فَقُطِعَتْ يَدُهُ
وَلِأَنَّ الذُّكُورَةَ وَالْحُرِّيَّةَ لَيْسَتْ من شَرَائِطِ سَائِرِ الْحُدُودِ فَكَذَا هذا الْحَدُّ وَكَذَا الْإِسْلَامُ ليس بِشَرْطٍ فَيُقْطَعُ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ لِعُمُومِ آيَةِ السَّرِقَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا ما يَرْجِعُ إلَى الْمَسْرُوقِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مَالًا مُطْلَقًا لَا قُصُورَ في مَالِيَّتِهِ وَلَا شُبْهَةَ وهو أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَتَمَوَّلُهُ الناس وَيَعُدُّونَهُ مَالًا لِأَنَّ ذلك يُشْعِرُ بِعِزَّتِهِ وَخَطَرِهِ عِنْدَهُمْ وما لَا يَتَمَوَّلُونَهُ فَهُوَ تَافِهٌ حَقِيرٌ وقد رُوِيَ عن سَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها أنها قالت لم تَكُنِ الْيَدُ تُقْطَعُ على عَهْدِ رسول اللَّهِ في الشَّيْءِ التَّافِهِ
وَهَذَا منها بَيَانُ شَرْعٍ مُتَقَرِّرٍ وَلِأَنَّ التَّفَاهَةَ تُخِلُّ في الْحِرْزِ لِأَنَّ التَّافِهَ لَا يُحْرَزُ عَادَةً أو لَا يُحْرَزُ إحْرَازَ الْخَطِرِ وَالْحِرْزُ الْمُطْلَقُ شَرْطٌ على ما نَذْكُرُ
وَكَذَا تُخِلُّ في الرُّكْنِ وهو الْأَخْذُ على سَبِيلِ الِاسْتِخْفَاءِ لِأَنَّ أَخْذَ التَّافِهِ مِمَّا لَا يستخفى منه فَيَتَمَكَّنُ الْخَلَلُ وَالشُّبْهَةُ في الرُّكْنِ وَالشُّبْهَةُ في بَابِ الْحُدُودِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ وَيَخْرُجُ على هذا مَسَائِلُ إذَا سَرَقَ صَبِيًّا حُرًّا لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْحُرَّ ليس بِمَالٍ
وَلَوْ سَرَقَ صَبِيًّا عَبْدًا لَا يَتَكَلَّمُ وَلَا يَعْقِلُ يُقْطَعُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْطَعُ

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَبْدَ ليس بِمَالٍ مَحْضٍ بَلْ هو مَالٌ من وَجْهٍ آدَمِيٌّ من وَجْهٍ فَكَانَ مَحَلَّ السَّرِقَةِ من وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَلَا تَثْبُتُ الْمَحَلِّيَّةُ بِالشَّكِّ فَلَا يُقْطَعُ كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ

وَلَنَا أَنَّهُ مَالٌ من كل وَجْهٍ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ فيه على الْكَمَالِ وَلَا يَدَ له على نَفْسِهِ فَيَتَحَقَّقُ رُكْنُ السَّرِقَةِ كَالْبَهِيمَةِ وَكَوْنُهُ آدَمِيًّا لَا يَنْفِي كَوْنَهُ مَالًا فَهُوَ آدَمِيٌّ من كل وَجْهٍ وَمَالٌ من كل وَجْهٍ لِعَدَمِ التَّنَافِي فَيَتَعَلَّقُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ من حَيْثُ إنَّهُ مَالٌ لَا من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ بِخِلَافِ الْعَاقِلِ لِأَنَّهُ وَإِنْ كان مَالًا من كل وَجْهٍ لَكِنَّهُ في يَدِ نَفْسِهِ فَلَا يُتَصَوَّرُ ثُبُوتُ يَدِ غَيْرِهِ عليه لِلتَّنَافِي فَلَا يَتَحَقَّقُ فيه رُكْنُ السَّرِقَةِ وهو الْأَخْذُ

وَلَوْ سَرَقَ مَيْتَةً أو جِلْدَ مَيْتَةٍ لم يُقْطَعْ لِانْعِدَامِ الْمَالِ

وَلَا يُقْطَعُ في التِّبْنِ وَالْحَشِيشِ وَالْقَصَبِ وَالْحَطَبِ لِأَنَّ الناس لَا يَتَمَوَّلُونَ هذه الْأَشْيَاءَ وَلَا يضنون (((يظنون))) بها لِعَدَمِ عِزَّتِهَا وَقِلَّةِ خَطَرِهَا عِنْدَهُمْ بَلْ يَعُدُّونَ الضنة (((الظنة))) بها من بَابِ الْخَسَاسَةِ فَكَانَتْ تَافِهَةً

وَلَا قَطْعَ في التُّرَابِ وَالطِّينِ وَالْجَصِّ وَاللَّبِنِ وَالنُّورَةِ وَالْآجُرِّ وَالْفَخَّارِ وَالزُّجَاجِ لِتَفَاهَتِهَا

فَرَّقَ بين التُّرَابِ وَبَيْنَ الْخَشَبِ حَيْثُ سَوَّى في التُّرَابِ بين الْمَعْمُولِ منه وَغَيْرِ الْمَعْمُولِ

وَفَرَّقَ في الْخَشَبِ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ في الْخَشَبِ أَخْرَجَتْهُ عن حَدِّ التَّفَاهَةِ وَالصَّنْعَةَ في التُّرَابِ لم تُخْرِجْهُ عن كَوْنِهِ تَافِهًا

يُعْرَفُ ذلك بِالرُّجُوعِ إلَى عُرْفِ الناس وَعَادَاتِهِمْ

وَمِنْ أَصْحَابِنَا من فَصَّلَ في الْجَوَابِ في الزُّجَاجِ بين الْمَعْمُولِ وَغَيْرِ الْمَعْمُولِ كما في الْخَشَبِ

وَمِنْهُمْ من سَوَّى بَيْنَهُمَا وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الزُّجَاجَ بِالْعَمَلِ لم يَخْرُجْ عن حَدِّ التَّفَاهَةِ لِأَنَّهُ يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْكَسْرُ بِخِلَافِ الْخَشَبِ وَلَا يُقْطَعُ في الْخَشَبِ إلَّا إذَا كان مَعْمُولًا بِأَنْ صَنَعَ منه أَبْوَابًا أو آنِيَةً وَنَحْوَ ذلك ما خَلَا السَّاجَ وَالْقَنَا وَالْأَبَنُوسَ وَالصَّنْدَلَ لِأَنَّ غير الْمَصْنُوعِ من الْخَشَبِ لَا يَتَمَوَّلُ عَادَةً فَكَانَ تَافِهًا وَبِالصَّنْعَةِ يَخْرُجُ عن التَّفَاهَةِ فَيَتَمَوَّلُ

وَأَمَّا السَّاجُ وَالْأَبَنُوسُ وَالصَّنْدَلُ فَأَمْوَالٌ لها عِزَّةٌ وَخَطَرٌ عِنْدَ الناس فَكَانَتْ أَمْوَالًا مُطْلَقَةً

وَأَمَّا الْعَاجُ فَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ إلَّا في الْمَعْمُولِ منه

وَقِيلَ هذا الْجَوَابُ في الْعَاجِ الذي هو من عَظْمِ الْجَمَلِ فَلَا يُقْطَعُ إلَّا في الْمَعْمُولِ منه

لِأَنَّهُ لَا يَتَمَوَّلُ لِتَفَاهَتِهِ وَيُقْطَعُ في الْمَعْمُولِ لِخُرُوجِهِ عن حَدِّ التَّفَاهَةِ بِالصَّنْعَةِ كَالْخَشَبِ الْمَعْمُولِ

فَأَمَّا ما هو من عَظْمِ الْفِيلِ فَلَا يُقْطَعُ فيه أَصْلًا سَوَاءٌ كان مَعْمُولًا أو غير مَعْمُولٍ لِأَنَّ الْفُقَهَاءَ اخْتَلَفُوا في مَالِيَّتِهِ حتى حَرَّمَ بَعْضُهُمْ بَيْعَهُ وَالِانْتِفَاعَ بِهِ فَأَوْجَبَ ذلك قُصُورًا في الْمَالِيَّةِ

وَلَا قَطْعَ في قَصَبِ النُّشَّابِ فَإِنْ كان اتَّخَذَ منه نُشَّابًا قُطِعَ لِمَا قُلْنَا في الْخَشَبِ وَلَا قَطْعَ في الْقُرُونِ مَعْمُولَةً كانت أو غير مَعْمُولَةٍ
وقال أبو يُوسُفَ إنْ كانت مَعْمُولَةً وَهِيَ تُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ
قِيلَ إنَّ اخْتِلَافَ الْجَوَابِ لِاخْتِلَافِ الْمَوْضُوعِ فَمَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في قُرُونِ الْمَيْتَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ مُطْلَقٍ لِاخْتِلَافِ الْفُقَهَاءِ في مَالِيَّتِهَا وَجَوَابُ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في قُرُونِ الْمُذَكَّى فلم يُوجِبْ الْقَطْعَ في غَيْرِ الْمَعْمُولِ منها لِأَنَّهَا من أَجْزَاءِ الْحَيَوَانِ
وَأَوْجَبَ في الْمَعْمُولِ كما في الْخَشَبِ الْمَعْمُولِ
وَعَنْ مُحَمَّدٍ في جُلُودِ السِّبَاعِ الْمَدْبُوغَةِ أَنَّهُ لَا قَطْعَ فيها فَإِنْ جُعِلَتْ مُصَلَّاةً أو بِسَاطًا قُطِعَ لِأَنَّ غير الْمَعْمُولِ منها من أَجْزَاءِ الصَّيْدِ وَلَا قَطْعَ في الصَّيْدِ فَكَذَا في أَجْزَائِهِ وَبِالصَّنْعَةِ صَارَتْ شيئا آخَرَ فَأَشْبَهَ الْخَشَبَ الْمَصْنُوعَ
وَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّ مُحَمَّدًا لم يَعْتَدَّ بِخِلَافِ من يقول من الْفُقَهَاءِ إنَّ جُلُودَ السِّبَاعِ لَا تَطْهُرُ بالذكاةِ (((بالزكاة))) وَلَا بِالدِّبَاغِ
وَلَا قَطْعَ في الْبَوَارِي لِأَنَّهَا تَافِهَةٌ لِتَفَاهَةِ أَصْلِهَا وهو الْقَصَبُ وَلَا قَطْعَ في سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلَا فَهْدٍ وَلَا في سَرِقَةِ الْمَلَاهِي من الطَّبْلِ وَالدُّفِّ وَالْمِزْمَارِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ مِمَّا لَا يَتَمَوَّلُ أو في مَالِيَّتِهَا قُصُورٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا ضَمَانَ على كَاسِرِ الْمَلَاهِي عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَلَا على قَاتِلِ الْكَلْبِ وَالْفَهْدِ عِنْدَ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ
وَلَوْ سَرَقَ مُصْحَفًا أو صَحِيفَةً فيها حَدِيثٌ أو عَرَبِيَّةٌ أو شِعْرٌ فَلَا قَطْعَ
وقال أبو يُوسُفَ يُقْطَعُ إذَا كان يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لِأَنَّ الناس يَدَّخِرُونَهَا وَيَعُدُّونَهَا من نَفَائِسِ الْأَمْوَالِ
وَلَنَا أَنَّ الْمُصْحَفَ الْكَرِيمَ يُدَّخَرُ لَا لِلتَّمَوُّلِ بَلْ لِلْقِرَاءَةِ وَالْوُقُوفِ على ما يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصْلَحَةُ الدِّينِ وَالدُّنْيَا وَالْعَمَلِ بِهِ
وَكَذَلِكَ صَحِيفَةُ الحديث وَصَحِيفَةُ الْعَرَبِيَّةِ وَالشِّعْرِ يُقْصَدُ بها مَعْرِفَةُ الْأَمْثَالِ وَالْحِكَمِ لَا التَّمَوُّلِ
وَأَمَّا دَفَاتِرُ الْحِسَابِ فَفِيهَا الْقَطْعُ إذَا بَلَغَتْ قِيمَتُهَا نِصَابًا لِأَنَّ ما فيها لَا يَصْلُحُ مَقْصُودًا بِالْأَخْذِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ هو قَدْرُ الْبَيَاضِ من الْكَاغَدِ
وَكَذَلِكَ للدفاتر (((الدفاتر))) الْبِيضُ إذَا بَلَغَتْ نِصَابًا لِمَا قُلْنَا
وعلى هذا يَخْرُجُ ما قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إنَّ كُلَّ ما يُوجَدُ جِنْسُهُ تَافِهًا مُبَاحًا في دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا قَطْعَ فيه لِأَنَّ كُلَّ ما كان كَذَلِكَ فَلَا عِزَّ له وَلَا خَطَرَ فَلَا يتموله (((يتمول))) الناس فَكَانَ تَافِهًا وَالِاعْتِمَادُ على مَعْنَى التَّفَاهَةِ دُونَ الْإِبَاحَةِ لِمَا نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا قَطْعَ في عَفْصٍ وَلَا إهْلِيلَجَ وَلَا أُشْنَانٍ وَلَا فَحْمٍ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ مُبَاحَةُ الْجِنْسِ في دَارِ الْإِسْلَامِ وَهِيَ تَافِهَةٌ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ في الْعَفْصِ وَالْإِهْلِيلَجِ وَالْأَدْوِيَةِ الْيَابِسَةِ
وَلَا قَطْعَ في طَيْرٍ وَلَا صَيْدٍ وَحْشِيًّا كان أو غَيْرَهُ لِأَنَّ الطَّيْرَ لَا يَتَمَوَّلُ عَادَةً
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُثْمَانَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُمَا قَالَا لَا قَطْعَ في الطَّيْرِ ولم يُنْقَلْ عن غَيْرِهِمَا خِلَافُ ذلك فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَكَذَلِكَ ما عُلِمَ من الْجَوَارِحِ فَصَارَ صَيُودًا فَلَا قَطْعَ على سراقة لِأَنَّهُ وَإِنْ عُلِمَ فَلَا يُعَدُّ مَالًا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ

النَّبَّاشُ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ فِيمَا أَخَذَ من الْقُبُورِ في قَوْلِهِمَا
وقال أبو يُوسُفَ يُقْطَعُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ أَخَذَ مَالًا من حِرْزٍ مِثْلِهِ فَيُقْطَعُ كما لو أَخَذَ من الْبَيْتِ وَلَهُمَا أَنَّ الْكَفَنَ ليس بِمَالٍ لِأَنَّهُ لَا يُتَمَوَّلُ بِحَالٍ لِأَنَّ الطِّبَاعَ السَّلِيمَةَ تَنْفِرُ عنه أَشَدَّ النِّفَارِ فَكَانَ تَافِهًا وَلَئِنْ كان مَالًا فَفِي مَالِيَّتِهِ قُصُورٌ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِثْلَ ما يُنْتَفَعُ بِلِبَاسِ الْحَيِّ وَالْقُصُورُ فَوْقَ الشبه (((الشبهة))) ثُمَّ الشُّبْهَةُ تَنْفِي وُجُوبَ الْحَدِّ فَالْقُصُورُ أَوْلَى رَوَى الزُّهْرِيُّ أَنَّهُ قال أُخِذَ نَبَّاشٌ في زَمَنِ مَرْوَانَ بِالْمَدِينَةِ فَأَجْمَعَ أَصْحَابُ رسول اللَّهِ وَهُمْ مُتَوَافِرُونَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ سَرِقَةُ ما لَا يَحْتَمِلُ الِادِّخَارَ وَلَا يَبْقَى من سَنَةٍ إلَى سَنَةٍ بَلْ يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ أَنَّهُ لَا قَطْعَ فيه لِأَنَّ ما لَا يَحْتَمِلُ الِادِّخَارَ لَا يُعَدُّ مَالًا فَلَا قَطْعَ في سَرِقَةِ الطَّعَامِ الرَّطْبِ وَالْبُقُولِ وَالْفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ في قَوْلِهِمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْطَعُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ مَالٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ حَقِيقَةً مُبَاحُ الِانْتِفَاعِ بِهِ شَرْعًا على الْإِطْلَاقِ فَكَانَ مَالًا فَيُقْطَعُ كما في سَائِرِ الْأَمْوَالِ
وَلَهُمَا أَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ مِمَّا لَا يُتَمَوَّلُ عَادَةً وَإِنْ كانت صَالِحَةً لِلِانْتِفَاعِ بها في الْحَالِ لِأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الِادِّخَارَ وَالْإِمْسَاكَ إلَى زَمَانِ حُدُوثِ الْحَوَائِجِ في الْمُسْتَقْبَلِ فَقَلَّ خَطَرُهَا عِنْدَ الناس فَكَانَتْ تَافِهَةً وَلَوْ سَرَقَ تَمْرًا من نَخْلٍ أو شَجَرٍ آخَرَ مُعَلَّقًا فيه فَلَا قَطْعَ عليه وَإِنْ كان عليه حَائِطٌ اسْتَوْثَقُوا منه وَأَحْرَزُوهُ أو هُنَاكَ حَائِطٌ لِأَنَّ ما على رَأْسِ النَّخْلِ لَا يُعَدُّ مَالًا وَلِأَنَّهُ ما دَامَ على رَأْسِ الشَّجَرِ لَا يَسْتَحْكِمُ جَفَافُهُ فَيَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ
وقد رُوِيَ عن النبي عليه السلام (((وسلم))) أَنَّهُ قال لَا قَطْعَ في ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ قال مُحَمَّدٌ الثَّمَرُ ما كان في الشَّجَرِ
وَالْكَثَرُ الْجُمَّارُ فَإِنْ كان قد جَذَّ الثَّمَرَ وَجَعَلَهُ في جرين (((الجرين))) ثُمَّ سُرِقَ فَإِنْ كان قد اسْتَحْكَمَ جَفَافُهُ قُطِعَ لِأَنَّهُ صَارَ مَالًا مُطْلَقًا قَابِلًا لِلِادِّخَارِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ رسول اللَّهِ حَيْثُ قال لَا قَطْعَ في ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ حتى يُؤْوِيَهُ الْجَرِينُ فإذا آوَاهُ فَبَلَغَ ثَمَنَ الْمِجَنِّ فَفِيهِ الْقَطْعُ لِأَنَّهُ لَا يُؤْوِيهِ الْجَرِينُ ما لم يَسْتَحْكِمْ جَفَافُهُ عَادَةً فإذا اسْتَحْكَمَ جَفَافُهُ لَا يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ فَكَانَ مَالًا مُطْلَقًا
وَكَذَلِكَ الْحِنْطَةُ إذَا كانت في سُنْبُلِهَا فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ في الشَّجَرِ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ ما دَامَتْ في السُّنْبُلِ لَا تُعَدُّ مَالًا وَلَا يَسْتَحْكِمُ جَفَافُهَا أَيْضًا
وَأَمَّا الْفَاكِهَةُ الْيَابِسَةُ التي تَبْقَى من سَنَةٍ إلَى سَنَةٍ فَالصَّحِيحُ من الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقْطَعُ فِيمَا يَتَمَوَّلُ الناس إيَّاهَا لِقَبُولِهَا الِادِّخَارَ فَانْعَدَمَ مَعْنَى التَّفَاهَةِ الْمَانِعَةِ من وُجُوبِ الْقَطْعِ
وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ سَوَّى بين رَطْبِ الْفَاكِهَةِ وَيَابِسِهَا وَلَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ
وَلَوْ سَرَقَ من الْحَائِطِ نَخْلَةً بِأَصْلِهَا لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ أَصْلَ النَّخْلَةِ مِمَّا لَا يُتَمَوَّلُ فَكَانَ تَافِهًا
وَرَوَيْنَا عن النبي أَنَّهُ قال لَا قَطْعَ في ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ وَقِيلَ في تَفْسِيرِ الكثر (((ذلك))) إنَّهُ النَّخْلُ الصِّغَارُ
وَيُقْطَعُ في الْحِنَّاءِ وَالْوَسْمَةِ لِأَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ فلم يَخْتَلَّ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ وَلَا قَطْعَ في اللَّحْمِ الطَّرِيِّ وَالصَّفِيقِ لِأَنَّهُ يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ
وَكَذَلِكَ لَا قَطْعَ في السَّمَكِ طَرِيًّا كان أو مَالِحًا لِأَنَّ الناس لَا يَعُدُّونَهُ مَالًا لِتَفَاهَتِهِ وَلِتَسَارُعِ الْفَسَادِ إلَى الطَّرِيِّ منه وَلِمَا أَنَّهُ يُوجَدُ جِنْسُهُ مُبَاحًا في دَارِ الْإِسْلَامِ

وَلَا قَطْعَ في اللَّبَنِ لِأَنَّهُ يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ فَكَانَ تَافِهًا
وَيُقْطَعُ في الْخَلِّ وَالدِّبْسِ لِعَدَمِ التَّفَاهَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَتَسَارَعُ إلَيْهِمَا الْفَسَادُ وَلَا قَطْعَ في عَصِيرِ الْعِنَبِ وَنَقِيعِ الزَّبِيبِ وَنَبِيذِ التَّمْرِ لِأَنَّهُ يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ فَكَانَ تَافِهًا كَاللَّبَنِ وَلَا قَطْعَ في الطِّلَاءِ وهو الْمُثَلَّثُ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ في إبَاحَتِهِ وفي كَوْنِهِ مَالًا فَكَانَ قَاصِرًا في مَعْنَى الْمَالِيَّةِ وَكَذَلِكَ الْمَطْبُوخُ أَدْنَى طَبْخَةً من نَقِيعِ الزَّبِيبِ وَنَبِيذِ التَّمْرِ لِاخْتِلَافِ الْفُقَهَاءِ في إبَاحَةِ شُرْبِهِ
وَأَمَّا الْمَطْبُوخُ أَدْنَى طَبْخَةً من عَصِيرِ الْعِنَبِ فَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَا قَطْعَ فيه لِأَنَّهُ حَرَامٌ فلم يَكُنْ مَالًا
وَيُقْطَعُ في الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِأَنَّهُمَا من أَعَزِّ الْأَمْوَالِ وَلَا تَفَاهَةَ فِيهِمَا بِوَجْهٍ وَكَذَلِكَ الْجَوَاهِرُ واللآلىء (((واللآلئ))) لِمَا قُلْنَا
وَبِهَذَا تَبَيَّنَ أَنَّ التَّعْوِيلَ في هذا الْبَابِ في مَنْعِ وُجُوبِ الْقَطْعِ على مَعْنَى التَّفَاهَةِ وَعَدَمِ الْمَالِيَّةِ لَا على إبَاحَةِ الْجِنْسِ لِأَنَّ ذلك مَوْجُودٌ في الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْجَوَاهِرِ واللآلىء (((واللآلئ))) وَغَيْرِهَا
وَيُقْطَعُ في الْحُبُوبِ كُلِّهَا وفي الْأَدْهَانِ وَالطِّيبِ كَالْعُودِ وَالْمِسْكِ وما أَشْبَهَ ذلك لِانْعِدَامِ مَعْنَى التَّفَاهَةِ وَيُقْطَعُ في الْكَتَّانِ وَالصُّوفِ وَالْخَزِّ وَنَحْوِ ذلك وَيُقْطَعُ في جَمِيعِ الْأَوَانِي من الصُّفْرِ وَالْحَدِيدِ وَالنُّحَاسِ وَالرَّصَاصِ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ لو سَرَقَ النُّحَاسَ نَفْسَهُ أو الْحَدِيدَ نَفْسَهُ أو الرَّصَاصَ لِعِزَّةِ هذه الْأَشْيَاءِ وَخَطَرِهَا في أَنْفُسِهَا كَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُتَقَوِّمًا مُطْلَقًا فَلَا يُقْطَعُ في سَرِقَةِ الْخَمْرِ من مُسْلِمٍ مُسْلِمًا كان السَّارِقُ أو ذِمِّيًّا لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لِلْخَمْرِ في حَقِّ الْمُسْلِمِ وَكَذَا الذِّمِّيُّ إذَا سَرَقَ من ذِمِّيٍّ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا لَا يُقْطَعُ

لِأَنَّهُ وَإِنْ كان مُتَقَوِّمًا عِنْدَهُمْ فَلَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ عِنْدَنَا فلم يَكُنْ مُتَقَوِّمًا على الْإِطْلَاقِ وَلَا يُقْطَعُ في الْمُبَاحِ الذي ليس بِمَمْلُوكٍ وَإِنْ كان مَالًا لِانْعِدَامِ تَقَوُّمِهِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا في نَفْسِهِ فَلَا يُقْطَعُ في سَائِرِ الْمُبَاحَاتِ التي لَا يَمْلِكُهَا أَحَدٌ وَإِنْ كانت من نَفَائِسِ الْأَمْوَالِ من الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْجَوَاهِرِ الْمُسْتَخْرَجَةِ من مَعَادِنِهَا لِعَدَمِ الْمَالِكِ
وَعَلَى هذا أَيْضًا يَخْرُجُ النَّبَّاشُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْكَفَنَ ليس بِمَمْلُوكٍ
لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ على مِلْكِ الْمَيِّتِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ على مِلْكِ الْوَرَثَةِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَيِّتَ ليس من أَهْلِ الْمِلْكِ وَلَا وَجْهَ لِلثَّانِي لِأَنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ مُؤَخَّرٌ عن حَاجَةِ الْمَيِّتِ إلَى الْكَفَنِ كما هو مُؤَخَّرٌ عن الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ فلم يَكُنْ مَمْلُوكًا أَصْلًا
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ لِلسَّارِقِ فيه مِلْكٌ وَلَا تَأْوِيلُ الْمِلْكِ أو شُبْهَتُهُ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ أو ما فيه تَأْوِيلُ الْمِلْكِ أو الشُّبْهَةَ لَا يُحْتَاجُ فيه إلَى مُسَارَقَةِ الْأَعْيُنِ فَلَا يَتَحَقَّقُ رُكْنُ السَّرِقَةِ وهو الْأَخْذُ على سَبِيلِ الِاسْتِخْفَاءِ وَالِاسْتِسْرَارِ على الْإِطْلَاقِ وَلِأَنَّ الْقَطْعَ عُقُوبَةُ السَّرِقَةِ قال اللَّهُ في آيَةِ السَّرِقَةِ { جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا من

اللَّهِ } فَيَسْتَدْعِي كَوْنَ الْفِعْلِ جِنَايَةً مَحْضَةً
وَأَخْذُ الْمَمْلُوكِ لِلسَّارِقِ لَا يَقَعُ جِنَايَةً أَصْلًا فَالْأَخْذُ بِتَأْوِيلِ الْمِلْكِ أو الشُّبْهَةِ لَا يَتَمَحَّضُ جِنَايَةً فَلَا يُوجِبُ الْقَطْعَ
إذَا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ لَا قَطْعَ على من سَرَقَ ما أَعَارَهُ من إنْسَانٍ أو آجَرَهُ منه لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ قَائِمٌ وَلَا على من سَرَقَ رَهْنَهُ من بَيْتِ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ مِلْكَ الْعَيْنِ له وَإِنَّمَا الثَّابِتُ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ الْحَبْسِ لَا غَيْرُ
وَلَوْ كان الرَّهْنُ في يَدِ الْعَدْلِ فَسَرَقَهُ الْمُرْتَهِنُ أو الرَّاهِنُ فَلَا قَطْعَ على وَاحِدٍ مِنْهُمَا
أَمَّا الرَّاهِنُ فَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مِلْكُهُ فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِأَخْذِهِ وَإِنْ مُنِعَ من الْأَخْذِ كما لَا يَجِبُ الْحَدُّ عليه بِوَطْئِهِ الْجَارِيَةَ الْمَرْهُونَةَ وَإِنْ مُنِعَ من الْوَطْءِ
وَأَمَّا الْمُرْتَهِنُ فَلِأَنَّ يَدَ الْعَدْلِ يَدُهُ من وَجْهٍ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ يَدِهِ عَائِدَةٌ إلَيْهِ لِأَنَّهُ يُمْسِكُهُ لِحَقِّهِ فَأَشْبَهَ يَدَ الْمُودَعِ
وَلَا على من سَرَقَ مَالًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَسْرُوقِ منه لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ مِلْكُهُمَا على الشُّيُوعِ فَكَانَ بَعْضُ الْمَأْخُوذِ مِلْكُهُ فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِأَخْذِهِ فَلَا يَجِبُ بِأَخْذِ الْبَاقِي لِأَنَّ السَّرِقَةَ سَرِقَةٌ وَاحِدَةٌ وَلَا على من سَرَقَ من بَيْتِ الْمَالِ الْخُمُسَ لِأَنَّ له فيه مِلْكًا وَحَقًّا
وَلَوْ سَرَقَ من عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ فَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فَلَا قَطْعَ لِأَنَّ كَسْبَهُ خَالِصُ مِلْكِ الْمَوْلَى
وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ يُحِيطُ بِهِ وَبِمَا في يَدِهِ لَا يُقْطَعُ أَيْضًا
أَمَّا على أَصْلِهِمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِلْكُ الْمَوْلَى وَعَلَى أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ لم يَكُنْ مِلْكَهُ فَلَهُ فيه ضَرْبُ اخْتِصَاصٍ يُشْبِهُ الْمِلْكَ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِخْلَاصَهُ لِنَفْسِهِ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ من مَالٍ آخَرَ فَكَانَ في مَعْنَى الْمِلْكِ
وَلِهَذَا لو كان الْكَسْبُ جَارِيَةً لم يَجُزْ له أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فَيُورِثَ شُبْهَةً أو نَقُولُ إذَا لم يَمْلِكْهُ الْمَوْلَى وَلَا الْمَأْذُونُ يَمْلِكُهُ أَيْضًا لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ لَا يَقْدِرُ على شَيْءٍ وَالْغُرَمَاءُ لَا يَمْلِكُونَ أَيْضًا فَهَذَا مَالٌ مَمْلُوكٍ لَا مَالِكٍ له مُعِينٌ فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ كَمَالِ بَيْتِ الْمَالِ وَكَمَالِ الْغَنِيمَةِ
وَلَوْ سَرَقَ من مُكَاتَبِهِ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ كَسْبَ مكاتبته (((مكاتبه))) مِلْكُهُ من وَجْهٍ أو فيه شُبْهَةُ الْمِلْكِ له
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كان جَارِيَةً لَا يَحِلُّ له أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَالْمِلْكُ من وَجْهٍ أو شُبْهَةُ الْمِلْكِ يَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ مع ما أَنَّ هذا مِلْكٌ مَوْقُوفٌ على الْمُكَاتَبِ وَعَلَى مَوْلَاهُ في الْحَقِيقَةِ لِأَنَّهُ إنْ أَدَّى تَبَيَّنَ أَنَّهُ كان مِلْكَ الْمَوْلَى فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَ نَفْسِهِ وَإِنْ عَجَزَ فَرُدَّ في الرِّقِّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كان مِلْكَ الْمُكَاتَبِ فَكَانَ الْمِلْكُ مَوْقُوفًا لِلْحَالِ فَيُوجِبُ شُبْهَةً فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ كَأَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ إذَا سَرَقَ ما شَرَطَ فيه الْخِيَارَ وَلَا قَطْعَ على من سَرَقَ من وَلَدِهِ لِأَنَّ له في مَالِ وَلَدِهِ تَأْوِيلَ الْمِلْكِ أو شُبْهَةَ الْمِلْكِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أنت وَمَالُكَ لِأَبِيكَ فَظَاهِرُ الْإِضَافَةِ إلَيْهِ بلام التَّمْلِيكِ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمِلْكِ له من كل وَجْهٍ إلَّا أَنَّهُ لم يَثْبُتْ لِدَلِيلٍ وَلَا دَلِيلَ في الْمِلْكِ من وَجْهٍ فَيَثْبُتُ أو يَثْبُتُ لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ وَكُلُّ ذلك يَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ لِأَنَّهُ يُورِثُ شُبْهَةً في وُجُوبِهِ
وَأَمَّا السَّرِقَةُ من سَائِرِ ذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ فَلَا تُوجِبُ الْقَطْعَ أَيْضًا لَكِنْ لِفَقْدِ شَرْطٍ آخَرَ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَوْ دخل لِصٌّ دَارَ رَجُلٍ فَأَخَذَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ في الدَّارِ نِصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وهو يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مَشْقُوقًا يُقْطَعُ في قَوْلِهِمَا وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْطَعُ وَلَوْ أَخَذَ شَاةً فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخْرَجَهَا مَذْبُوحَةً لَا يُقْطَعُ بِالْإِجْمَاعِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ السَّارِقَ وُجِدَ منه سَبَبُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ قبل الْإِخْرَاجِ وهو الشَّقُّ لِأَنَّ ذلك سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ يُوجِبُ مِلْكَ الْمَضْمُونِ من وَقْتِ وُجُودِ السَّبَبِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا وَذَلِكَ يَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ وَلِهَذَا لم يُقْطَعْ إذَا كان الْمَسْرُوقُ شَاةً فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخْرَجَهَا كَذَا هذا
وَلَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّتْ في مِلْكِ

(7/70)

الْمَسْرُوقِ منه فَيُوجِبُ الْقَطْعَ وَإِنَّمَا قُلْنَا ذلك لِأَنَّ الثَّوْبَ الْمَشْقُوقَ لَا يَزُولُ عن مِلْكِهِ ما دام مُخْتَارًا لِلْعَيْنِ وَإِنَّمَا يَزُولُ عِنْدَ اخْتِيَارِ الضَّمَانِ فَقَبْلَ الِاخْتِيَارِ كان الثَّوْبُ على مِلْكِهِ فَصَارَ سَارِقًا ثَوْبَيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَيُقْطَعُ
وَهَكَذَا نَقُولُ في الشَّاةِ أن السَّرِقَةَ تَمَّتْ في مِلْكِ الْمَسْرُوقِ منه إلَّا أنها تَمَّتْ في اللَّحْمِ وَلَا قَطْعَ في اللَّحْمِ
وَقَوْلُهُ وَجَبَ الضَّمَانُ عليه بِالشَّقِّ قُلْنَا قبل الِاخْتِيَارِ مَمْنُوعٌ فإذا اخْتَارَ تَضْمِينَ السَّارِقِ وسلم الثَّوْبَ إلَيْهِ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ عِنْدَ اخْتِيَارِ الضَّمَانِ مَلَكَهُ من حِينِ وُجُودِ الشَّقِّ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخْرَجَ مِلْكَ نَفْسِهِ عن الْحِرْزِ فَلَا قَطْعَ عليه
وَحُكِيَ عن الْفَقِيهِ أبي جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال مَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ شَقَّ الثَّوْبَ عَرْضًا فَأَمَّا لو شَقَّهُ طُولًا فَلَا قَطْعَ لِأَنَّهُ بِالشَّقِّ طُولًا خَرَقَهُ خَرْقًا مُتَفَاحِشًا فَيَمْلِكُهُ بِالضَّمَانِ
وَذَكَرَ ابن سِمَاعَةَ أَنَّ السَّارِقَ إذَا خَرَقَ الثَّوْبَ تَخْرِيقًا مُسْتَهْلَكًا وَقِيمَتُهُ بَعْدَ تَخْرِيقِهِ عَشَرَةٌ أَنَّهُ لَا قَطْعَ عليه في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمه
(((رحمهما))) اللَّهُ وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ الْفَقِيهِ أبي جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ التَّخْرِيقَ إذَا وَقَعَ اسْتِهْلَاكًا أَوْجَبَ اسْتِقْرَارَ الضَّمَانِ وَذَلِكَ يُوجِبُ مِلْكَ الْمَضْمُونِ وإذا لم يَقَعْ اسْتِهْلَاكًا كان وُجُوبُ الضَّمَانِ فيه مَوْقُوفًا على اخْتِيَارِ الْمَالِكِ فَلَا يَجِبُ قبل الِاخْتِيَارِ فَلَا يَمْلِكُ الْمَضْمُونَ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا سَرَقَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ من غَرِيمٍ له عليه عَشَرَةٌ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَأْخُوذَ بِنَفْسِ الْأَخْذِ فَصَارَ قِصَاصًا بِحَقِّهِ فلم يَبْقَ في حَقِّ هذا الْمَالِ سَارِقًا فَلَا يُقْطَعُ
وَلَوْ كان الْمَسْرُوقُ من خِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ بِنَفْسِ الْأَخْذِ بَلْ بِالِاسْتِبْدَالِ وَالْبَيْعِ فَكَانَ سَارِقًا مِلْكَ غَيْرِهِ فَيُقْطَعُ كَالْأَجْنَبِيِّ إلَّا إذَا قال أَخَذْتُهُ لِأَجْلِ حَقِّي على ما نَذْكُرُ
وَهَهُنَا جِنْسٌ من الْمَسَائِلِ يُمْكِنُ تَخْرِيجُهَا إلَى أَصْلٍ آخَرَ هو أُولَى بِالتَّخْرِيجِ عليه وَسَنَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بَعْدُ
منها أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا ليس لِلسَّارِقِ فيه حَقُّ الْأَخْذِ وَلَا تَأْوِيلُ الْأَخْذِ وَلَا شُبْهَةُ التَّنَاوُلِ لِأَنَّ الْقَطْعَ عُقُوبَةٌ مَحْضَةٌ فَيَسْتَدْعِي جِنَايَةً مَحْضَةً وَأَخْذُ غَيْرِ الْمَعْصُومِ لَا يَكُونُ جِنَايَةً أَصْلًا وما فيه تَأْوِيلُ التَّنَاوُلِ أو شُبْهَةُ التَّنَاوُلِ لَا يَكُونُ جِنَايَةً مَحْضَةً فَلَا تُنَاسِبُهُ الْعُقُوبَةُ الْمَحْضَةُ وَلِأَنَّ ما ليس بِمَعْصُومٍ يُؤْخَذُ مُجَاهَرَةً لَا مُخَافَتَةً فَيَتَمَكَّنُ الْخَلَلُ في رُكْنِ السَّرِقَةِ
وإذا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ لَا قَطْعَ في سَائِرِ الْمُبَاحَاتِ التي لَا يَمْلِكُهَا أَحَدٌ وَلَا في الْمُبَاحِ الْمَمْلُوكِ وهو مَالُ الْحَرْبِيِّ في دَارِ الْحَرْبِ

وَأَمَّا مَالُ الْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ في دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا قَطْعَ فيه اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ سَرَقَ مَالًا مَعْصُومًا لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ اسْتَفَادَ الْعِصْمَةَ بِالْأَمَانِ بِمَنْزِلَةِ الذِّمِّيِّ وَلِهَذَا كان مَضْمُونًا بِالْإِتْلَافِ كَمَالِ الذِّمِّيِّ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هذا مَالٌ فيه شُبْهَةُ الْإِبَاحَةِ لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ الْمُسْتَأْمَنَ من أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ وَإِنَّمَا دخل دَارَ الْإِسْلَامِ لِيَقْضِيَ بَعْضَ حَوَائِجِهِ ثُمَّ يَعُودَ عن قَرِيبٍ فَكَوْنُهُ من أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ يُورِثُ شُبْهَةَ الْإِبَاحَةِ في مَالِهِ وَلِهَذَا أَوْرَثَ شُبْهَةَ الْإِبَاحَةِ في دَمِهِ حتى لَا يُقْتَلَ بِهِ الْمُؤْمِنُ قِصَاصًا وَلِأَنَّهُ كان مُبَاحًا وَإِنَّمَا تَثْبُتُ الْعِصْمَةُ بِعَارِضِ أَمَانٍ هو على شَرَفِ الزَّوَالِ فَعِنْدَ الزَّوَالِ يَظْهَرُ أَنَّ الْعِصْمَةَ لم تَكُنْ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ إنَّ كُلَّ عَارِضٍ على أَصْلٍ إذَا زَالَ يُلْحَقُ بِالْعَدَمِ من الْأَصْلِ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ فَيُجْعَلَ كَأَنَّ الْعِصْمَةَ لم تَكُنْ ثَابِتَةً بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُ من أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ وقد اسْتَفَادَ الْعِصْمَةَ بِأَمَانٍ مُؤَبَّدٍ فَكَانَ مَعْصُومَ الدَّمِ وَالْمَالِ عِصْمَةً مُطْلَقَةً ليس فيها شُبْهَةُ الْإِبَاحَةِ وَبِخِلَافِ ضَمَانِ الْمَالِ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ لَا تَمْنَعُ وُجُوبَ ضَمَانِ الْمَالِ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ وَحُقُوقُ الْعِبَادِ لَا تَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ
وَكَذَا لَا قَطْعَ على الْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ في سَرِقَةِ مَالِ الْمُسْلِمِ أو الذِّمِّيِّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ على اعتقاد (((اعتقاده))) الْإِبَاحَةَ وَلِذَا لم يَلْتَزِمْ أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْطَعُ وَالْخِلَافُ فيه كَالْخِلَافِ في حَدِّ الزِّنَا وَلَا يُقْطَعُ الْعَادِلُ في سَرِقَةِ مَالِ الْبَاغِي لِأَنَّ مَالَهُ ليس بِمَعْصُومٍ في حَقِّهِ كَنَفْسِهِ وَلَا الْبَاغِي في سَرِقَةِ مَالِ الْعَادِلِ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ عن تَأْوِيلٍ وَتَأْوِيلُهُ وَإِنْ كان فَاسِدًا لَكِنَّ التَّأْوِيلَ الْفَاسِدَ عِنْدَ انْضِمَامِ الْمَنَعَةِ إلَيْهِ مُلْحَقٌ بِالتَّأْوِيلِ الصَّحِيحِ في مَنْعِ وُجُوبِ الْقَطْعِ
وَلِهَذَا أُلْحِقَ بِهِ في حَقِّ مَنْعِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ وَالْحَدِّ
وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا تُخَرَّجُ السَّرِقَةُ من الْغَرِيمِ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْأَمْرَ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان سَرَقَ منه من جِنْسِ حَقِّهِ وَإِمَّا إنْ كان سَرَقَ منه خِلَافَ جِنْسِ حَقِّهِ فَإِنْ سَرَقَ جِنْسَ حَقِّهِ بِأَنْ سَرَقَ منه عَشَرَةَ دَرَاهِمَ وَلَهُ عليه عَشَرَةٌ فَإِنْ كان دَيْنُهُ عليه حَالًا لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْأَخْذَ مُبَاحٌ له لِأَنَّهُ ظَفَرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ وَمَنْ له الْحَقُّ إذَا ظَفَرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ يُبَاحُ له أَخْذُهُ وإذا أَخَذَهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ
وَكَذَلِكَ إذَا سَرَقَ منه أَكْثَرَ من مِقْدَارِ حَقِّهِ لِأَنَّ

بَعْضَ الْمَأْخُوذِ حَقُّهُ على للشيوع (((الشيوع))) وَلَا قَطْعَ فيه فَكَذَا في الْبَاقِي كما إذَا سَرَقَ مَالًا مُشْتَرَكًا وَإِنْ كان دَيْنُهُ مُؤَجَّلًا فَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يُقْطَعُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الدَّيْنَ إذَا كان مُؤَجَّلًا فَلَيْسَ له حَقُّ الْأَخْذِ قبل حُلُولِ الْأَجَلِ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلْغَرِيمِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ منه فَصَارَ كما لو سَرَقَهُ أَجْنَبِيٌّ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ حَقَّ الْأَخْذِ إنْ لم يَثْبُتْ قبل حِلِّ الْأَجَلِ فَسَبَبُ ثُبُوتِ حَقِّ

الْأَخْذِ قَائِمٌ وهو الدَّيْنُ لِأَنَّ تَأْثِيرَ التَّأْجِيلِ تَأْخِيرِ في الْمُطَالَبَةِ لَا في سُقُوطِ الدَّيْنِ فَقِيَامُ سَبَبِ ثُبُوتِهِ يُورِثُ الشُّبْهَةَ
وَإِنْ سَرَقَ خِلَافَ جِنْسِ حَقِّهِ بِأَنْ كان عليه دَرَاهِمُ فَسَرَقَ منه دَنَانِيرَ أو عُرُوضًا قُطِعَ
هَكَذَا أَطْلَقَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَذَكَرَ في كِتَابِ السَّرِقَةِ أَنَّهُ إذَا سَرَقَ الْعَرُوضَ ثُمَّ قال أَخَذْتُ لِأَجْلِ حَقِّي لَا يَقْطَعُ فَيُحْمَلُ مُطْلَقُ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ على الْمُطْلَقِ
وهو ما إذَا سَرَقَ ولم يَقُلْ أَخَذْتُ لِأَجْلِ حَقِّي لِأَنَّهُ إذا لم يَقُلْ فَقَدْ أَخَذَ مَالًا ليس له حَقُّ أَخْذِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَصِيرُ قِصَاصًا إلَّا بِالِاسْتِبْدَالِ وَالتَّرَاضِي ولم يَتَأَوَّلْ الْأَخْذَ أَيْضًا فَكَانَ أَخْذُهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا شُبْهَةِ حَقٍّ
وَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّهُ لَا يُعِيدُ بِخِلَافِ قَوْلِ من يقول من الْفُقَهَاءِ إنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ إذَا ظَفَرَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ أَنْ يَأْخُذَهُ لِأَنَّهُ قَوْلٌ لم يَقُلْ بِهِ أَحَدٌ من السَّلَفِ فَلَا يُعْتَبَرُ خِلَافًا مُؤْذِنًا لِلشُّبْهَةِ
وإذا قال أَخَذْتُ لِأَجْلِ حَقِّي فَقَدْ أَخَذَهُ مُتَأَوِّلًا لِأَنَّهُ اعْتَبَرَ الْمَعْنَى وَهِيَ الْمَالِيَّةُ لَا الصُّورَةُ وَالْأَمْوَالُ كُلُّهَا في مَعْنَى الْمَالِيَّةِ مُتَجَانِسَةٌ فَكَانَ أَخْذًا عن تَأْوِيلٍ فَلَا يُقْطَعُ
وَلَوْ أَخَذَ صِنْفًا من الدَّرَاهِمِ أَجْوَدَ من حَقِّهِ أو أَرْدَأَ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ من جِنْسِ حَقِّهِ من حَيْثُ الْأَصْلُ وَإِنَّمَا خَالَفَهُ من حَيْثُ الْوَصْفُ
أَلَا يرى أَنَّهُ لو رضي بِهِ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ وَلَا يَكُونُ مُسْتَبْدِلًا حتى يَجُوزَ في الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ مع أَنَّ الِاسْتِبْدَالَ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ لَا يَجُوزُ وإذا كان الْمَأْخُوذُ من جِنْسِ حَقِّهِ من حَيْثُ الْأَصْلُ تَثْبُتُ شُبْهَةُ حَقِّ الْأَخْذِ فَيَلْحَقُ بِالْحَقِيقَةِ في بَابِ الْحَدِّ كما في الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ
وَلَوْ سَرَقَ حُلِيًّا من فِضَّةٍ وَعَلَيْهِ دَرَاهِمُ أو حُلِيًّا من ذَهَبٍ وَعَلَيْهِ دَنَانِيرُ يُقْطَعُ لِأَنَّ هذا لَا يَصِيرُ قِصَاصًا من حَقِّهِ إلَّا بِالْمُرَاضَاةِ وَيَكُونُ ذلك بَيْعًا وَاسْتِبْدَالًا فَأَشْبَهَ الْعُرُوضَ وَإِنْ كان السَّارِقُ قد اسْتَهْلَكَ الْعُرُوضَ أو الْحُلِيَّ ووجب
(((ووجبت))) عليه قِيمَتُهُ
وهو مِثْلُ الذي عليه من الْعَيْنِ فإن هذا يُقْطَعُ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَقَاصِدَ إنَّمَا تَقَعُ بَعْدَ الِاسْتِهْلَاكِ فَلَا يُوجِبُ سِوَى الْقَطْعِ
وَلَوْ سَرَقَ مُكَاتَبٌ أو عَبْدٌ من غَرِيمِ مَوْلَاهُ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ ليس له حَقُّ قَبْضِ دَيْنِ الْمَوْلَى من غَيْرِ أَمْرِهِ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ حتى لو كان الْمَوْلَى وَكَّلَهُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ لَا يُقْطَعُ لِثُبُوتِ حَقِّ الْقَبْضِ له بِالْوَكَالَةِ فَصَارَ كَصَاحِبِ الدَّيْنِ وَلَوْ سَرَقَ من غَرِيمِ مُكَاتَبِهِ أو من غَرِيمِ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ فَإِنْ لم يَكُنْ على الْعَبْدِ دَيْنٌ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ ذلك مِلْكُ مَوْلَاهُ فَكَانَ له حَقُّ أَخْذِهِ وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ قُطِعَ لِأَنَّهُ ليس له حَقُّ الْقَبْضِ فَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ
وَلَوْ سَرَقَ من غَرِيمِ أبيه أو وَلَدِهِ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ له فيه وَلَا في قَبْضِهِ إلَّا إذَا كان غَرِيمُ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ فَلَا يُقْطَعُ لِأَنَّ حَقَّ الْقَبْضِ له كما في دَيْنِ نَفْسِهِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا أَيْضًا يُخَرَّجُ سَرِقَةُ الْمُصْحَفِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا قَطْعَ فيه لِأَنَّ له تَأْوِيلُ الْأَخْذِ إذْ الناس لَا يَضِنُّونَ بِبَذْلِ الْمَصَاحِفِ الشَّرِيفَةِ لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ الْعَظِيمِ عَادَةً فَأَخَذَهُ الْآخِذُ مُتَأَوِّلًا وَكَذَلِكَ سَرِقَةُ الْبَرْبَطِ وَالطَّبْلِ وَالْمِزْمَارِ وَجَمِيعِ آلَاتِ الْمَلَاهِي لِأَنَّ آخِذَهَا يَتَأَوَّلُ أَنَّهُ بأخذها (((يأخذها))) منع (((لمنع))) الْمَالِكِ عن الْمَعْصِيَةِ وَنَهْيِهِ عن الْمُنْكَرِ
وَذَلِكَ مَأْمُورٌ بِهِ شَرْعًا

وَكَذَلِكَ سَرِقَةُ شِطْرَنْجِ ذَهَبٍ أو فِضَّةٍ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ سَرِقَةُ صَلِيبٍ أو صَنَمٍ من فِضَّةٍ من حِرْزٍ لِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِلْكَسْرِ
وَأَمَّا الدَّرَاهِمُ التي عليها التَّمَاثِيلُ فَيُقْطَعُ فيها لِأَنَّهَا لَا تُعْبَدُ عَادَةً فَلَا تَأْوِيلَ له في الْأَخْذِ لِلْمَنْعِ من الْعِبَادَةِ فَيُقْطَعُ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا قُطِعَ سَارِقٌ في مَالٍ ثُمَّ سَرَقَهُ منه سَارِقٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ ليس بِمَعْصُومٍ في حَقِّ الْمَسْرُوقِ منه وَلَا مُتَقَوِّمٍ في حَقِّهِ لِسُقُوطِ عِصْمَتِهِ وَتَقَوُّمُهُ في حَقِّهِ بِالْقَطْعِ وَلِأَنَّ كَوْنَ يَدِ الْمَسْرُوقِ منه يَدًا صَحِيحَةً شَرطَ وُجُوبُ الْقَطْعِ وَيَدُ السَّارِقِ لَيْسَتْ يَدًا صَحِيحَةً لِمَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ سَرَقَ مَالًا فَقُطِعَ فيه فَرَدَّهُ إلَى الْمَالِكِ ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهُ منه ثَانِيًا فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَرْدُودَ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان على حَالِهِ لم يَتَغَيَّرْ وَإِمَّا إنْ أَحْدَثَ الْمَالِكُ فيه ما يُوجِبُ تَغَيُّرَهُ فَإِنْ كان على حَالِهِ لم يُقْطَعْ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ وهو رِوَايَةُ الْحَسَنِ عن أبي يُوسُفَ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ أَمَّا الْكَلَامُ مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَمَبْنِيٌّ على أَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ لِلْمَسْرُوقِ حَقًّا لِلْعَبْدِ قد سَقَطَتْ عِنْدَ السَّرِقَةِ الْأُولَى لِضَرُورَةِ وُجُوبِ الْقَطْعِ على أَصْلِنَا وَعَلَى أَصْلِهِ لم تَسْقُطْ بَلْ بَقِيَتْ على ما كانت وَسَنَذْكُرُ

تَقْرِيرَ هذا الْأَصْلِ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا الْكَلَامُ مع أبي يُوسُفَ وَجْهُ ما روي أَنَّ الْمَحَلَّ وَإِنْ سَقَطَتْ قِيمَتُهُ الثَّابِتَةُ حَقًّا لِلْمَالِكِيَّةِ في السَّرِقَةِ الْأُولَى فَقَدْ عَادَتْ بِالرَّدِّ إلَى الْمَالِكِ أَلَا تَرَى أنها عَادَتْ في حَقِّ الضَّمَانِ حتى لو أَتْلَفَهُ السَّارِقُ يَضْمَنُ فَكَذَا في حَقِّ الْقَطْعِ
وَلَنَا أَنَّ الْعِصْمَةَ وَإِنْ عَادَتْ بِالرَّدِّ لَكِنْ مع شُبْهَةِ الْعَدَمِ لِأَنَّ السُّقُوطَ لِضَرُورَةِ وُجُوبِ الْقَطْعِ وَأَثَرُ الْقَطْعِ قَائِمٌ بَعْدَ الرَّدِّ فَيُورِثُ شُبْهَةً في الْعِصْمَةِ وَلِأَنَّهُ سَقَطَ تَقَوُّمُ الْمَسْرُوقِ في حَقِّ السَّارِقِ بِالْقَطْعِ في السَّرِقَةِ الْأُولَى
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَتْلَفَهُ لَا يَضْمَنُ وَأَثَرُ الْقَطْعِ بَعْدَ الرَّدِّ قَائِمٌ فَيُورِثُ شُبْهَةَ عَدَمِ التَّقَوُّمِ في حَقِّهِ فَيَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ وَلَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الضَّمَانِ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ لِمَا بَيَّنَّا
هذا إذَا كان الْمَرْدُودُ على حَالِهِ لم يَتَغَيَّرْ
فَأَمَّا إذَا أَحْدَثَ الْمَالِكُ فيه حَدَثًا يُوجِبُ تَغَيُّرَهُ عن حَالِهِ ثُمَّ سَرَقَهُ السَّارِقُ الْأَوَّلُ
فَالْأَصْلُ فيه أَنَّهُ لو فَعَلَ فيه ما لو فَعَلَهُ الْغَاصِبُ في الْمَغْصُوبِ لَأَوْجَبَ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ يُقْطَعُ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ إذَا فَعَلَ ذلك فَقَدْ تَبَدَّلَتْ الْعَيْنُ وَتَصِيرُ في حُكْمِ عَيْنٍ أُخْرَى وإذا لم يَفْعَلْ لم تَتَبَدَّلْ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا سَرَقَ غَزْلًا فَقُطِعَ فيه وَرُدَّ إلَى الْمَالِكِ فَنَسَجَهُ ثَوْبًا فَعَادَ فَسَرَقَهُ أَنَّهُ يُقْطَعُ
لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ قد تَبَدَّلَ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كان مَغْصُوبًا لَا يُقْطَعُ حَقُّ الْمَالِكِ وَلَوْ سَرَقَ ثَوْبَ خَزٍّ فَقُطِعَ فيه وَرُدَّ إلَى الْمَالِكِ فَنَقَضَهُ فَسَرَقَ النَّقْضَ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ الْعَيْنَ لم تَتَبَدَّلْ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو فَعَلَهُ الْغَاصِبُ لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ وَلَوْ نَقَضَهُ الْمَالِكُ ثُمَّ غَزَلَهُ

غَزْلًا ثُمَّ سَرَقَهُ السَّارِقُ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ هذا لو وُجِدَ من الْغَاصِبِ لَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَغْصُوبِ منه فَيَدُلُّ على تَبَدُّلِ الْعَيْنِ
وَلَوْ سَرَقَ بَقَرَةً فَقُطِعَ فيها وَرَدَّهَا على الْمَالِكِ فَوَلَدَتْ وَلَدًا ثُمَّ سَرَقَ الْوَلَدَ يُقْطَعُ لِأَنَّ الْوَلَدَ عَيْنٌ أُخْرَى لم يُقْطَعْ فيها فَيُقْطَعُ بِسَرِقَتِهَا وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ جِنْسُ هذه الْمَسَائِلِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُحْرَزًا مُطْلَقًا خَالِيًا عن شُبْهَةِ الْعَدَمِ مَقْصُودًا بِالْحِرْزِ وَالْأَصْلُ في اعْتِبَارِ شَرْطِ الْحِرْزِ ما رُوِيَ في الموطأ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا قَطْعَ في ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ وَلَا في حَرِيسَةِ جَبَلٍ فإذا آوَاهُ الْمُرَاحُ أو الْجَرِينُ فَالْقَطْعُ فِيمَا بَلَغَ ثَمَنَ الْمِجَنِّ وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا قَطْعَ في ثَمَرٍ وَلَا كَثَرٍ حتى يُؤْوِيَهُ الْجَرِينُ فإذا أواه الْجَرِينُ فَفِيهِ الْقَطْعُ عَلَّقَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْقَطْعَ بِإِيوَاءِ الْمُرَاحِ
وَالْمُرَاحُ حِرْزُ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَالْجَرِينُ حِرْزُ الثَّمَرِ فَدَلَّ أَنَّ الْحِرْزَ شَرْطٌ وَلِأَنَّ رُكْنَ السَّرِقَةِ هو الْأَخْذُ على سَبِيلِ الِاسْتِخْفَاءِ وَالْأَخْذُ من غَيْرِ حِرْزٍ لَا يَحْتَاجُ إلَى الِاسْتِخْفَاءِ فَلَا يَتَحَقَّقُ رُكْنُ السَّرِقَةِ ولأن الْقَطْعَ وَجَبَ لِصِيَانَةِ الْأَمْوَالِ على أَرْبَابِهَا قَطْعًا لِأَطْمَاعِ السُّرَّاقِ عن أَمْوَالِ الناس وَالْأَطْمَاعُ إنَّمَا تَمِيلُ إلَى ما له خَطَرٌ في الْقُلُوبِ وَغَيْرُ الْمُحَرَّزِ لَا خَطَرَ له في الْقُلُوبِ عَادَةً فَلَا تَمِيلُ الْأَطْمَاعُ إلَيْهِ فَلَا حَاجَةَ إلَى الصِّيَانَةِ بِالْقَطْعِ وَبِهَذَا لم يُقْطَعْ فِيمَا دُونَ النِّصَابِ وما ليس بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ مُحْتَمَلِ الِادِّخَارَ ثُمَّ الْحِرْزُ نَوْعَانِ حِرْزٌ بِنَفْسِهِ وَحِرْزٌ بِغَيْرِهِ
أَمَّا الْحِرْزُ بِنَفْسِهِ فَهُوَ كُلُّ بُقْعَةٍ مُعَدَّةٍ لِلْإِحْرَازِ مَمْنُوعَةِ الدُّخُولِ فيها إلَّا بِالْإِذْنِ كَالدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ وَالْخِيَمِ وَالْفَسَاطِيطِ وَالْخَزَائِنِ وَالصَّنَادِيقِ
وَأَمَّا الْحِرْزُ بِغَيْرِهِ فَكُلُّ مَكَان غَيْرُ مُعَدٍّ لِلْإِحْرَازِ يُدْخَلُ إلَيْهِ بِلَا إذْنٍ وَلَا يُمْنَعُ منه كَالْمَسَاجِدِ وَالطُّرُقِ وَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّحْرَاءِ إنْ لم يَكُنْ هُنَاكَ حَافِظٌ وَإِنْ كان هُنَاكَ حَافِظٌ فَهُوَ حِرْزٌ لِهَذَا سُمِّيَ حِرْزًا بِغَيْرِهِ حَيْثُ وَقَفَ صَيْرُورَتُهُ حِرْزًا على وُجُودِ غَيْرِهِ وهو الْحَافِظُ
وما كان حِرْزًا بِنَفْسِهِ لَا يُشْتَرَطُ فيه وُجُودُ الْحَافِظِ لِصَيْرُورَتِهِ حِرْزًا وَلَوْ وُجِدَ فَلَا عِبْرَةَ بِوُجُودِهِ بَلْ وُجُودُهُ وَالْعَدَمُ سَوَاءٌ وَكُلُّ وَاحِدٍ من الْحِرْزَيْنِ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِهِ على حِيَالِهِ بِدُونِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ عليه السلام عَلَّقَ الْقَطْعَ بِإِيوَاءِ الْمُرَاحِ وَالْجَرِينِ من غَيْرِ شَرْطِ وُجُودِ الْحَافِظِ
وَرُوِيَ أَنَّ صَفْوَانَ رضي اللَّهُ عنه كان نَائِمًا في الْمَسْجِدِ مُتَوَسِّدًا بِرِدَائِهِ فَسَرَقَهُ سَارِقٌ من تَحْتِ رَأْسِهِ فَقَطَعَهُ رسول اللَّهِ ولم يَعْتَبِرْ الْحِرْزَ بِنَفْسِهِ فَدَلَّ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من نَوْعَيْ الْحِرْزِ مُعْتَبَرٌ بِنَفْسِهِ فإذا سَرَقَ من النَّوْعِ الْأَوَّلِ يُقْطَعُ سَوَاءٌ كان ثَمَّةَ حَافِظٌ أو لَا لِوُجُودِ الْأَخْذِ من الْحِرْزِ وَسَوَاءٌ كان مُغْلَقَ الْبَابِ أو لَا بَابَ له بَعْدَ أَنْ كان مَحْجُوزًا بِالْبِنَاءِ لِأَنَّ الْبِنَاءَ يُقْصَدُ بِهِ الْإِحْرَازُ كَيْفَ ما كان وإذا سَرَقَ من النَّوْعِ الثَّانِي يُقْطَعُ إذَا كان الْحَافِظُ قَرِيبًا منه في مَكَانٍ يُمْكِنُهُ حِفْظُهُ وَيُحْفَظُ في مِثْلِهِ الْمَسْرُوقُ عَادَةً وَسَوَاءٌ كان الْحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا في ذلك الْمَكَانِ أو نَائِمًا لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَقْصِدُ الْحِفْظَ في الْحَالَيْنِ جميعا وَلَا يُمْكِنُ الْأَخْذُ إلَّا بِفِعْلِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ عليه الصلاة(((وسلم))) والسلام قَطَعَ سَارِقَ صَفْوَانَ وَصَفْوَانُ كان نَائِمًا وَلَوْ أَذِنَ لِإِنْسَانٍ بِالدُّخُولِ في دَارِهِ فَسَرَقَ الْمَأْذُونُ له بِالدُّخُولِ شيئا منها لم يُقْطَعْ

وَإِنْ كان فيها حَافِظٌ أو كان صَاحِبُ الْمَنْزِلِ نَائِمًا عليه لِأَنَّ الدَّارَ حِرْزٌ بِنَفْسِهَا لَا بِالْحَافِظِ وقد خَرَجَتْ من أَنْ تَكُونَ حِرْزًا بِالْإِذْنِ فَلَا يُعْتَبَرُ وُجُودُ الْحَافِظِ
وَلِأَنَّهُ لَمَّا أُذِنَ له بِالدُّخُولِ فَقَدْ صَارَ في حُكْمِ أَهْلِ الدَّارِ فإذا أَخَذَ شيئا فَهُوَ خَائِنٌ
وقد رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا قَطْعَ على خَائِنٍ وَكَذَلِكَ لو سَرَقَ من بَعْضِ بُيُوتِ الدَّارِ الْمَأْذُونِ في دُخُولِهَا وهو مُقْفَلٌ أو من صُنْدُوقٍ في الدَّارِ أو من صُنْدُوقٍ في بَعْضِ الْبُيُوتِ وهو مُقْفَلٌ عليه إذَا كان الْبَيْتُ من جُمْلَةِ الدَّارِ الْمَأْذُونِ في دُخُولِهَا لِأَنَّ الدَّارَ الْوَاحِدَةَ حِرْزٌ وَاحِدٌ وقد خَرَجَتْ بِالْإِذْنِ له من أَنْ تَكُونَ حِرْزًا في حَقِّهِ فَكَذَلِكَ بُيُوتُهَا
وما رُوِيَ أَنَّ أَسْوَدَ بَاتَ عِنْدَ سَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رضي اللَّهُ عنه فَسَرَقَ حُلِيًّا لهم فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَسْرُوقًا من دَارِ النِّسَاءِ لَا من دَارِ الرِّجَالِ
وَالدَّارَانِ الْمُخْتَلِفَانِ إذَا أُذِنَ بِالدُّخُولِ في إحْدَاهُمَا لَا تَصِيرُ الْأُخْرَى مَأْذُونًا بِالدُّخُولِ فيها وَالْمُحْتَمَلُ لَا يَكُونُ حُجَّةً
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ قال في رَجُلٍ كان في حَمَّامٍ أو خَانٍ وَثِيَابُهُ تَحْتَ رَأْسِهِ فَسَرَقَهَا سَارِقٌ أنه لَا قَطْعَ عليه سَوَاءٌ كان نَائِمًا أو يَقْظَانًا وَإِنْ كان في صَحْرَاءَ وَثَوْبُهُ تَحْتَ رَأْسِهِ قُطِعَ
وَكَذَلِكَ رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ سَرَقَ من رَجُلٍ وهو معه في الْحَمَّامِ أو سَرَقَ من رَجُلٍ وهو معه في سَفِينَةٍ أو نَزَلَ قَوْمٌ في خَانٍ فَسَرَقَ بَعْضُهُمْ من بَعْضٍ أَنَّهُ لَا قَطْعَ على السَّارِقِ وَكَذَلِكَ الْحَانُوتُ لِأَنَّ الْحَمَّامَ وَالْخَانَ وَالْحَانُوتَ كُلُّ وَاحِدٍ حِرْزٌ بِنَفْسِهِ فإذا أُذِنَ لِلنَّاسِ في دُخُولِهِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ حِرْزًا فَلَا يُعْتَبَرُ فيه الْحَافِظُ فَلَا يَصِيرُ حِرْزًا بِالْحَافِظِ
وَلِهَذَا قالوا إذَا سَرَقَ من الْحَمَّامِ لَيْلًا يُقْطَعُ
لِأَنَّ الناس لم يُؤْذَنُوا بِالدُّخُولِ فيه لَيْلًا
فَأَمَّا الصَّحْرَاءُ أو الْمَسْجِدُ وَإِنْ كان مَأْذُونَ الدُّخُولِ إلَيْهِ فَلَيْسَ حِرْزًا بِنَفْسِهِ بَلْ بِالْحَافِظِ ولم يُوجَدْ الْإِذْنُ من الْحَافِظِ فَلَا يَبْطُلُ مَعْنَى الْحِرْزِ فيه
وَقَالُوا في السَّارِقِ من الْمَسْجِدِ إذَا كان ثَمَّةَ حَافِظٌ يُقْطَعُ وَإِنْ لم يَخْرُجْ من الْمَسْجِدِ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ ليس بِحِرْزٍ بِنَفْسِهِ بَلْ بِالْحَافِظِ فَكَانَتْ الْبُقْعَةُ التي فيها الْحَافِظُ هِيَ الْحِرْزُ لَا كُلُّ الْمَسْجِدِ فإذا انْفَصَلَ منها فَقَدْ انْفَصَلَ من الْحِرْزِ فَيُقْطَعُ
فَأَمَّا الدَّارُ فَإِنَّمَا صَارَتْ حِرْزًا بِالْبِنَاءِ فما لم يَخْرُجْ منها لم يُوجَدْ الِانْفِصَالُ من الْحِرْزِ وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ سَرَقَ في السُّوقِ من حَانُوتٍ فَتَخَرَّبَ الْحَانُوتُ وَقَعَدَ لِلْبَيْعِ وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فيه أَنَّهُ لم يُقْطَعْ
وَكَذَلِكَ لو سُرِقَ منه وهو مُغْلَقٌ على شَيْءٍ لم يُقْطَعْ لِأَنَّهُ لَمَّا أُذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فيه فَقَدْ أَخْرَجَ الْحَانُوتُ من أَنْ يَكُونَ حِرْزًا في حَقِّهِمْ
وَكَذَلِكَ إنْ أَخَذَ من بَيْتِ قُبَّةٍ أو صُنْدُوقٍ فيه مُقْفَلٌ لِأَنَّ الْحَانُوتَ كُلَّهُ حِرْزٌ وَاحِدٌ كَالدَّارِ على ما مَرَّ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال في رَجُلٍ بِأَرْضٍ فَلَاةٍ وَمَعَهُ جُوَالِقُ وَضَعَهُ وَنَامَ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ فَسَرَقَ منه رَجُلٌ شيئا أو سَرَقَ الْجُوَالِقَ فَإِنِّي أَقْطَعُهُ لِأَنَّ الْجَوَالِقَ بِمَا فيها مُحْرَزٌ بِالْحَافِظِ فَيَسْتَوِي أَخْذُ جَمِيعِهِ وَأَخْذُ بَعْضِهِ
وَكَذَلِكَ إذَا سَرَقَ فُسْطَاطًا مَلْفُوفًا قد وَضَعَهُ وَنَامَ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ أَنَّهُ يُقْطَعُ وَإِنْ كان مَضْرُوبًا لم يُقْطَعْ لِأَنَّهُ إذَا كان مَلْفُوفًا كان مُحْرَزًا بِالْحَافِظِ كَالْبَابِ الْمَقْلُوعِ إذَا كان في الدَّارِ فَسَرَقَهُ سَارِقٌ

وإذا كان الْفُسْطَاطُ مَضْرُوبًا كان حِرْزًا بِنَفْسِهِ فإذا سَرَقَهُ فَقَدْ سَرَقَ نَفْسَ الْحِرْزِ وَنَفْسُ الْحِرْزِ ليس في الْحِرْزِ فَلَا يُقْطَعُ كَسَارِقِ بَابِ الدَّارِ
وَلَوْ كان الْجَوَالِقُ على ظَهْرِ دَابَّةٍ فَشَقَّ الْجَوَالِقَ وَأَخْرَجَ الْمَتَاعَ يُقْطَعُ لِأَنَّ الْجُوَالِقَ حِرْزٌ لِمَا فيه وَإِنْ أَخَذَ الْجَوَالِقَ كما هو (((هي))) لم يُقْطَعْ لِأَنَّهُ أَخَذَ نَفْسَ الْحِرْزِ وَكَذَلِكَ إذَا سَرَقَ الْجَمَلَ مع الْجَوَالِقِ لِأَنَّ الْحِمْلَ لَا يُوضَعُ على الْجَمَلِ لِلْحِفْظِ بَلْ لِلْحَمْلِ لِأَنَّ الْجَمَلَ ليس بِمُحْرِزٍ وَإِنْ رَكِبَهُ صَاحِبُهُ فلم يَكُنْ الْجَمَلُ حِرْزًا لِلْجَوَالِقِ فإذا أَخَذَ الْجَوَالِقَ فَقَدْ أَخَذَ نَفْسَ الْحِرْزِ
وَلَوْ سَرَقَ من الْمَرَاعِي بَعِيرًا أو بَقَرَةً أو شاتا (((شاة))) لم يُقْطَعْ سَوَاءٌ كان الرَّاعِي مَعَهَا أو لم يَكُنْ
وَإِنْ سَرَقَ من الْعَطَنِ أو الْمُرَاحِ الذي يَأْوِي إلَيْهِ يُقْطَعُ إذَا كان مَعَهَا حَافِظٌ أو ليس مَعَهَا حَافِظٌ غير أَنَّ الْبَابَ مُغْلَقٌ فَكَسَرَ الْبَابَ ثُمَّ دخل فَسَرَقَ بَقَرَةً قَادَهَا قَوْدًا حتى أَخْرَجَهَا أو سَاقَهَا سَوْقًا حتى أَخْرَجَهَا أو رَكِبَهَا حتى أَخْرَجَهَا لِأَنَّ الْمَرَاعِيَ لَيْسَتْ بِحِرْزٍ لِلْمَوَاشِي وَإِنْ كان الرَّاعِي مَعَهَا لِأَنَّ الْحِفْظَ لَا يَكُونُ مَقْصُودًا من الرَّعْيِ وَإِنْ كان قد يَحْصُلُ بِهِ لِأَنَّ الْمَوَاشِيَ لَا تُجْعَلُ في مَرَاعِيهَا لِلْحِفْظِ بَلْ لِلرَّعْيِ فلم يُوجَدْ الْأَخْذُ من حِرْزٍ بِخِلَافِ الْعَطَنِ أو الْمُرَاحِ فإن ذلك يُقْصَدُ بِهِ الْحِفْظُ وَوُضِعَ له فَكَانَ حِرْزًا
وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في حَرِيسَةِ الْجَبَلِ غَرَامَةُ مِثْلَيْهَا وَجَلَدَاتٌ نَكَالًا فإذا أَوَاهَا الْمُرَاحُ وَبَلَغَتْ قِيمَتُهَا ثَمَنَ الْمِجَنِّ فَفِيهَا الْقَطْعُ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَلَا يُقْطَعُ عَبْدٌ في سَرِقَةٍ من مَوْلَاهُ مُكَاتَبًا كان الْعَبْدُ أو مُدَبَّرًا أو تَاجِرًا عليه دَيْنٌ أو أُمُّ وَلَدٍ سَرَقَتْ من مَالِ مَوْلَاهَا لِأَنَّ هَؤُلَاءِ مَأْذُونُونَ بِالدُّخُولِ في بُيُوتِ سَادَاتِهِمْ لِلْخِدْمَةِ فلم

يَكُنْ بَيْتُ مَوْلَاهُمْ حِرْزًا في حَقِّهِمْ
وَذَكَرَ في الْمُوَطَّإِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ وَالْحَضْرَمِيَّ جَاءَا إلَى عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه بِعَبْدٍ له فقال اقْطَعْ هذا فإنه سَرَقَ فقال وما سَرَقَ قال مِرْآةً لِامْرَأَتِي ثَمَنُهَا سِتُّونَ دِرْهَمًا فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه أَرْسِلْهُ ليس عليه قَطْعٌ خَادِمُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَيَكُونَ إجْمَاعًا
وَلَا قَطْعَ على خَادِمِ قَوْمٍ سَرَقَ مَتَاعَهُمْ وَلَا على ضَيْفٍ سَرَقَ متاعا (((متاع))) من أَضَافَهُ وَلَا على أَجِيرٍ سَرَقَ من مَوْضِعٍ أُذِنَ له في دُخُولِهِ لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالدُّخُولِ أَخْرَجَ الْمَوْضِعَ من أَنْ يَكُونَ حِرْزًا في حَقِّهِ وَكَذَا الْأَجِيرُ إذَا أَخَذَ الْمَتَاعَ الْمَأْذُونَ له في أَخْذِهِ من مَوْضِعٍ لم يَأْذَنْ له بِالدُّخُولِ فيه لم يُقْطَعْ لِأَنَّ الْإِذْنَ بِأَخْذِ الْمَتَاعِ يُورِثُ شُبْهَةَ الدُّخُولِ في الْحِرْزِ وَلِأَنَّ الْإِذْنَ بِالْأَخْذِ فَوْقَ الْإِذْنِ بِالدُّخُولِ وَذَا يَمْنَعُ الْقَطْعَ فَهَذَا أَوْلَى
وَلَوْ سَرَقَ الْمُسْتَأْجِرُ من الْمُؤَاجِرِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في مَنْزِلٍ على حِدَةٍ يُقْطَعُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ لَا شُبْهَةَ في الْحِرْزِ
وَأَمَّا الْمُؤَاجِرُ إذَا سَرَقَ من الْمُسْتَأْجِرِ فَكَذَلِكَ يُقْطَعُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَهُمَا لَا يُقْطَعُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْحِرْزَ مِلْكُ السَّارِقِ فَيُورِثُ شُبْهَةً في دَرْءِ الْحَدِّ لِأَنَّهُ يُورِثُ

شُبْهَةً في إبَاحَةِ الدُّخُولِ فَيَخْتَلُّ الْحِرْزُ فَلَا قَطْعَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ مَعْنَى الْحِرْزِ لَا تَعَلُّقَ له بِالْمِلْكِ إذْ هو اسْمٌ لِمَكَانٍ مُعَدٍّ لِلْإِحْرَازِ يُمْنَعُ من الدُّخُولِ فيه إلَّا بِالْإِذْنِ وقد وُجِدَ لِأَنَّ الْمُؤَاجِرَ مَمْنُوعٌ عن الدُّخُولِ في الْمَنْزِلِ الْمُسْتَأْجَرِ من غَيْرِ إذْنٍ فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ
وَلَا قَطْعَ على من سَرَقَ من ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ عِنْدَنَا سَوَاءٌ كان بَيْنَهُمَا وِلَادٌ أو لَا

وقال الشَّافِعِيُّ في الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ كَذَلِكَ فَأَمَّا في غَيْرِهِمْ فَيُقْطَعُ وهو على اخْتِلَافِ الْعِتْقِ وَالنَّفَقَةِ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ الْعَتَاقِ
وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْخُلُ في مَنْزِلِ صَاحِبِهِ بِغَيْرِ إذْنٍ عَادَةً وَذَلِكَ دَلَالَةُ الْإِذْنِ من صَاحِبِهِ فَاخْتَلَّ مَعْنَى الْحِرْزِ وَلِأَنَّ الْقَطْعَ بِسَبَبِ السَّرِقَةِ فِعْلٌ يُفْضِي إلَى قَطْعِ الرَّحِمِ وَذَلِكَ حَرَامٌ وَالْمُفْضِي إلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ
وَلَوْ سَرَقَ جَمَاعَةٌ فِيهِمْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْمَسْرُوقِ لَا يُقْطَعُ وَاحِدٌ منهم عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يُقْطَعُ ذُو الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ وَيُقْطَعُ سِوَاهُ وَالْكَلَامُ على نَحْوِ الْكَلَامِ فِيمَا تَقَدَّمَ فِيمَا إذَا كان فِيهِمْ صَبِيٌّ أو مَجْنُونٌ وقد ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَوْ سَرَقَ من ذِي رَحِمٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ يُقْطَعُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمُبَاسَطَةَ بِالدُّخُولِ من غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ غَيْرُ ثَابِتَةٍ في هذه الْقَرَابَةِ عَادَةً
وَكَذَا هذه الْقَرَابَةُ لَا تَجِبُ صِيَانَتُهَا عن الْقَطِيعَةِ وَلِهَذَا لم يَجِبْ في الْعِتْقِ وَالنَّفَقَةِ وَغَيْرِ ذلك
وَلَوْ سَرَقَ من ذِي رحم مَحْرَمٍ لَا رَحِمَ له بِسَبَبِ الرَّضَاعِ فَقَدْ قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يُقْطَعُ الذي سَرَقَ مِمَّنْ يَحْرُمُ عليه من الرَّضَاعِ كَائِنًا من كان
وقال أبو يُوسُفَ إذَا سَرَقَ من أُمِّهِ من الرَّضَاعِ لَا يُقْطَعُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمُبَاسَطَةَ بَيْنَهُمَا في الدُّخُولِ ثَابِتَةٌ عُرْفًا وَعَادَةً فإن الْإِنْسَانَ يَدْخُلُ في مَنْزِلِ أُمِّهِ من الرَّضَاعِ من غَيْرِ إذْنٍ كما يَدْخُلُ في مَنْزِلِ أُمِّهِ من النَّسَبِ بِخِلَافِ الْأُخْتِ من الرَّضَاعِ
وَلَهُمَا أَنَّ الثَّابِتَ بِالرَّضَاعِ ليس إلَّا الْحُرْمَةُ الْمُؤَبَّدَةُ وإنها لَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ كما لو سَرَقَ من أُمِّ مَوْطُوءَتِهِ
وَلِهَذَا يُقْطَعُ في الْأُخْتِ من الرَّضَاعِ
وَلَوْ سَرَقَ من امْرَأَةِ أبيه أو من زَوْجِ أُمِّهِ أو من حَلِيلَةِ ابْنِهِ أو من ابْنِ امْرَأَتِهِ أو بِنْتِهَا أو أُمِّهَا يُنْظَرُ إنْ سَرَقَ مَالَهُمْ من مَنْزِلٍ من يُضَافُ السَّارِقُ إلَيْهِ من أبيه وَأُمِّهِ وَابْنِهِ وَامْرَأَتِهِ لَا يُقْطَعُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ بِالدُّخُولِ في مَنْزِلِ هَؤُلَاءِ فلم يَكُنْ الْمَنْزِلُ حِرْزًا في حَقِّهِ
وَإِنْ سَرَقَ من مَنْزِلٍ آخَرَ فَإِنْ كَانَا فيه لم يُقْطَعْ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كان لِكُلِّ وَاحِدٍ منها (((منهما))) مَنْزِلٌ على حِدَةٍ اُخْتُلِفَ فيه
قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ لَا يُقْطَعُ
وقال أبو يُوسُفَ يُقْطَعُ إذَا سَرَقَ من غَيْرِ مَنْزِلِ السَّارِقِ أو مَنْزِلِ أبيه أو ابْنِهِ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مع قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ تعالى
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَانِعَ هو الْقَرَابَةُ وَلَا قَرَابَةَ بين السَّارِقِ وَبَيْنَ الْمَسْرُوقِ بَلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجْنَبِيٌّ عن صَاحِبِهِ فَلَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ كما لو سَرَقَ من أَجْنَبِيٍّ آخَرَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ في الْحِرْزِ شُبْهَةً لِأَنَّ حَقَّ التَّزَاوُرِ ثَابِتٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَرِيبِهِ لِأَنَّ كَوْنَ الْمَنْزِلِ لِغَيْرِ قَرِيبِهِ لَا يَقْطَعُ التَّزَاوُرَ وَهَذَا يُورِثُ شُبْهَةَ إبَاحَةِ

الدُّخُولِ لِلزِّيَارَةِ فَيَخْتَلُّ مَعْنَى الْحِرْزِ
وَلَا قَطْعَ على أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ إذَا سَرَقَ من مَالِ صَاحِبِهِ سَوَاءٌ سَرَقَ من الْبَيْتِ الذي هُمَا فيه أو من بَيْتٍ آخَرَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْخُلُ في مَنْزِلِ صَاحِبِهِ وَيَنْتَفِعُ بِمَالِهِ عَادَةً وَذَلِكَ يُوجِبُ خَلَلًا في الْحِرْزِ وفي الْمِلْكِ أَيْضًا
وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا سَرَقَ من الْبَيْتِ الذي هُمَا فيه لَا يُقْطَعُ وَإِنْ سَرَقَ من بَيْتٍ آخَرَ يُقْطَعُ وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في كِتَابِ الشَّهَادَةِ
وَكَذَلِكَ لو سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ من عبد صَاحِبِهِ أو أَمَتِهِ أو مُكَاتَبِهِ أو سَرَقَ عبد أَحَدِهِمَا أو أَمَتُهُ أو مُكَاتَبُهُ من صَاحِبِهِ

أو سَرَقَ خَادِمُ أَحَدِهِمَا من صَاحِبِهِ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ في الدُّخُولِ في الْحِرْزِ
وَلَوْ سَرَقَتْ امْرَأَةٌ من زَوْجِهَا أو سَرَقَ رَجُلٌ من امْرَأَتِهِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها فَبَانَتْ بِغَيْرِ عِدَّةٍ لم يُقْطَعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِأَنَّ الْأَخْذَ حين وُجُودِهِ لم يَنْعَقِدْ مُوجِبًا لِلْقَطْعِ لِقِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ فَلَا يَنْعَقِدُ عِنْدَ الْإِبَانَةِ لِأَنَّ الْإِبَانَةَ طَارِئَةٌ وَالْأَصْلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرَ الطارىء مُقَارَنًا في الْحُكْمِ لِمَا فيه من مُخَالَفَةِ الْحَقِيقَةِ إلَّا إذَا كان في الِاعْتِبَارِ إسْقَاطُ الْحَدِّ وَقْتَ الِاعْتِبَارِ
وفي الِاعْتِبَارِ هَهُنَا إيجَابُ الْحَدِّ فَلَا يُعْتَبَرُ
وَلَوْ سَرَقَ من مُطَلَّقَتِهِ وَهِيَ في الْعِدَّةِ أو سَرَقَتْ مُطَلَّقَتُهُ وَهِيَ في الْعِدَّةِ لم يُقْطَعْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا سَوَاءٌ كان الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا أو بَائِنًا أو ثَلَاثًا لِأَنَّ النِّكَاحَ في حَالِ قِيَامِ الْعِدَّةِ قَائِمٌ من وَجْهٍ أو أَثَرُهُ قَائِمٌ وهو الْعِدَّةُ وَقِيَامُ النِّكَاحِ من كل وَجْهٍ يَمْنَعُ الْقَطْعَ فَقِيَامُهُ من وَجْهٍ أو قِيَامُ أَثَرِهِ يُورِثُ شُبْهَةً
وَلَوْ سَرَقَ رَجُلٌ من امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَهَذَا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن تَزَوَّجَهَا قبل أَنْ يقضي عليه بِالْقَطْعِ وَإِمَّا إن تَزَوَّجَهَا بَعْدَمَا قُضِيَ عليه بِالْقَطْعِ فَإِنْ تَزَوَّجَهَا قبل أَنْ يُقْضَى عليه بِالْقَطْعِ لم يُقْطَعْ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ هذا مَانِعٌ طَرَأَ على الْحَدِّ وَالْمَانِعُ الطارىء في الْحَدِّ كَالْمُقَارِنِ لِأَنَّ الْحُدُودَ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ فَيَصِيرُ طَرَيَان الزَّوْجِيَّةِ شُبْهَةً مَانِعَةً من الْقَطْعِ كَقِرَانِهَا
وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بعدما قُضِيَ بِالْقَطْعِ لم يُقْطَعْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى
وقال أبو يُوسُفَ يُقْطَعُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الزَّوْجِيَّةَ الْقَائِمَةَ عِنْدَ السَّرِقَةِ إنَّمَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ بِاعْتِبَارِ الشُّبْهَةِ وَهِيَ شُبْهَةُ عَدَمِ الْحِرْزِ أو شُبْهَةُ الْمِلْكِ فَالطَّارِئَةُ لو اُعْتُبِرَتْ مَانِعَةً لَكَانَ ذلك اعْتِبَارَ الشُّبْهَةِ وَإِنَّهَا سَاقِطَةٌ في بَابِ الْحُدُودِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْإِمْضَاءَ في بَابِ الْحُدُودِ من الْقَضَاءِ فَكَانَتْ الشُّبْهَةُ الْمُعْتَرِضَةُ على الْإِمْضَاءِ كَالْمُعْتَرِضَةِ على الْقَضَاءِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو قَذَفَ رَجُلًا بِالزِّنَا وَقُضِيَ عليه بِالْحَدِّ
ثُمَّ إنَّ الْمَقْذُوفَ زَنَى قبل إقَامَةِ الْحَدِّ على الْقَاذِفِ سَقَطَ الْحَدُّ عن الْقَاذِفِ وَجَعَلَ الزِّنَا الْمُعْتَرِضَ على الْحَدِّ كَالْمَوْجُودِ عِنْدَ الْقَذْفِ لِيُعْلَمَ أَنَّ الطارىء على الْحُدُودِ قبل الْإِمْضَاءِ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْجُودِ قبل الْقَضَاءِ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ في الطَّرَّارِ إذَا طَرَّ الصُّرَّةَ من خَارِجِ الْكُمِّ أَنَّهُ لَا قَطْعَ

عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنْ أَدْخَلَ يَدَهُ في الْكُمِّ فَطَرَّهَا يُقْطَعُ
وقال أبو يُوسُفَ هذا كُلُّهُ سَوَاءٌ وَيُقْطَعُ
وَبِتَفْصِيلِ الْكَلَامِ فيه يَرْتَفِعُ الْخِلَافُ وَيَتَّفِقُ الْجَوَابُ
وهو أَنَّ الطَّرَّ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْقَطْعِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِحَلِّ الرِّبَاطِ
وَالدَّرَاهِمُ لَا تَخْلُو إمَّا إن كانت مَصْرُورَةً على ظَاهِرِ الْكُمِّ وَإِمَّا إن كانت
مَصْرُورَةً في بَاطِنِهِ فَإِنْ كان الطَّرُّ بِالْقَطْعِ وَالدَّرَاهِمُ مَصْرُورَةٌ على ظَاهِرِ
الْكُمِّ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ الْحِرْزَ هو الْكُمُّ وَالدَّرَاهِمُ بَعْدَ الْقَطْعِ تَقَعُ على ظَاهِرِ الْكُمِّ
فلم يُوجَدْ الْأَخْذُ من الْحِرْزِ وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَإِنْ كانت مَصْرُورَةً في دَاخِلِ الْكُمِّ يُقْطَعُ لِأَنَّهَا بَعْدَ الْقَطْعِ تَقَعُ في دَاخِلِ الْكُمِّ
فَكَانَ الطَّرُّ أَخْذًا من الْحِرْزِ وهو الْكُمُّ فَيُقْطَعُ
وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ قَوْلُ أبي يُوسُفَ
وَإِنْ كان الطَّرُّ بِحَلِّ الرِّبَاطِ يُنْظَرُ إنْ كان بِحَالٍ لو حَلَّ الرِّبَاطَ تَقَعُ الدَّرَاهِمُ
على ظَاهِرِ الْكُمِّ بِأَنْ كانت الْعُقْدَةُ مَشْدُودَةً من دَاخِلِ الْكُمِّ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ
أَخَذَهَا من غَيْرِ حِرْزٍ وهو تَفْسِيرُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ كان إذَا حَلَّ
تَقَعُ الدَّرَاهِمُ في دَاخِلِ الْكُمِّ وهو يَحْتَاجُ إلَى إدْخَالِ يَدِهِ في الْكُمِّ لِلْأَخْذِ يُقْطَعُ
لِوُجُودِ الْأَخْذِ من الْحِرْزِ وهو تَفْسِيرُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ النَّبَّاشُ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ
لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْقَبْرَ ليس بِحِرْزٍ بِنَفْسِهِ أَصْلًا إذْ لَا تُحْفَظُ الْأَمْوَالُ فيه عَادَةً
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو سَرَقَ منه الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يُقْطَعُ وَلَا حَافِظَ لِلْكَفَنِ لِيُجْعَلَ
حِرْزًا بِالْحَافِظِ فلم يَكُنْ الْقَبْرُ حِرْزًا بِنَفْسِهِ وَلَا بِغَيْرِهِ أو فيه شُبْهَةُ عَدَمِ الْحِرْزِ
لِأَنَّهُ إنْ كان حِرْزَ مِثْلِهِ فَلَيْسَ حِرْزًا لِسَائِرِ الْأَمْوَالِ فَتَمَكَّنَتْ الشُّبْهَةُ في كَوْنِهِ
حِرْزًا فَلَا يُقْطَعُ
ثُمَّ اُخْتُلِفَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ في كل شَيْءٍ حِرْزُ مِثْلِهِ أو حِرْزُ نَوْعِهِ
قال بَعْضُ مَشَايِخِنَا إنَّهُ يُعْتَبَرُ في كل شَيْءٍ حِرْزُ مِثْلِهِ كَالْإِصْطَبْلِ لِلدَّابَّةِ
وَالْحَظِيرَةِ لِلشَّاةِ حتى (((حق))) لو سَرَقَ اللُّؤْلُؤَةَ من هذه الْمَوَاضِعِ لَا
يُقْطَعُ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ في مُخْتَصَرِهِ عن أَصْحَابِنَا أَنَّ ما كان حرزا (((حرز))) لنوع
(((النوع))) يَكُونُ حِرْزًا لِلْأَنْوَاعِ كُلِّهَا وَجَعَلُوا سُرَيْجَةَ الْبَقَّالِ حِرْزًا لِلْجَوَاهِرِ
فَالطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتَبَرَ الْعُرْفَ وَالْعَادَةَ
وقال حِرْزُ الشَّيْءِ هو الْمَكَانُ الذي يُحْفَظُ فيه عَادَةً وَالنَّاسُ في الْعَادَاتِ لَا
يُحْرِزُونَ الْجَوَاهِرَ في الْإِصْطَبْلِ وَالْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتَبَرَ الْحَقِيقَةَ لِأَنَّ حِرْزَ
الشَّيْءِ ما يَحْرُزُ ذلك الشَّيْءَ حَقِيقَةً وَسُرَيْجَةُ الْبَقَّالِ تَحْرُزُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ
وَالْجَوَاهِرَ حَقِيقَةً فَكَانَتْ حِرْزًا لها
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ نِصَابًا وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ يَقَعُ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في
أَصْلِ النِّصَابِ أَنَّهُ شَرْطٌ أَمْ لَا
وَالثَّانِي في بَيَانِ

قَدْرِهِ
وَالثَّالِثُ في بَيَانِ صِفَاتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ إنَّهُ شَرْطٌ فَلَا قَطْعَ فِيمَا دُونَ النِّصَابِ
وحكى عن الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَيُقْطَعُ في الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وهو قَوْلُ الْخَوَارِجِ
وَاحْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } من غَيْرِ شَرْطِ النِّصَابِ
وَرُوِيَ عن النبي أَنَّهُ قال لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتُقْطَعَ يَدُهُ وَيَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ
وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْحِبَالَ ما لَا يُسَاوِي دَانَقًا وَالْبَيْضَةُ لَا تُسَاوِي حَبَّةً
وَلَنَا دَلَالَةُ النَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ من الصَّحَابَةِ أَمَّا دَلَالَةُ النَّصِّ فَلِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَوْجَبَ الْقَطْعَ على السَّارِقِ وَالسَّارِقَةِ وَالسَّارِقُ اسْمٌ مُشْتَقٌّ من مَعْنًى وهو السَّرِقَةُ وَالسَّرِقَةُ اسْمٌ لِلْأَخْذِ على سَبِيلِ الِاسْتِخْفَاءِ وَمُسَارَقَةِ الْأَعْيُنِ وَإِنَّمَا تَقَعُ الْحَاجَةُ في الِاسْتِخْفَاءِ فِيمَا له خَطَرٌ وَالْحَبَّةُ لَا خَطَرَ لها فلم يَكُنْ أَخْذُهَا سَرِقَةً فَكَانَ إيجَابُ الْقَطْعِ على السَّارِقِ اشْتِرَاطًا لِلنِّصَابِ دَلَالَةً
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فإن الصَّحَابَةَ رِضْوَانُ اللَّهِ عليهم أَجْمَعُوا على اعْتِبَارِ النِّصَابِ وَإِنَّمَا جَرَى الِاخْتِلَافُ بَيْنَهُمْ في التَّقْدِيرِ وَاخْتِلَافُهُمْ في التَّقْدِيرِ إجْمَاعٌ منهم على أَنَّ أَصْلَ النِّصَابِ شَرْطٌ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ ما رَوَوْا من الحديث غَيْرُ ثَابِتٍ أو مَنْسُوخٌ أو يُحْمَلُ الْمَذْكُورُ على حَبْلٍ له خَطَرٌ كَحَبْلِ السَّفِينَةِ وَبَيْضَةٍ خَطِيرَةٍ كَبَيْضَةِ الْحَدِيدِ تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْكَلَامُ في قَدْرِ النِّصَابِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه أَيْضًا
قال أَصْحَابُنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ إنَّهُ مُقَدَّرٌ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَلَا قَطْعَ في أَقَلِّ من عَشَرَةِ دَرَاهِمَ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ وابن أبي لَيْلَى بِخَمْسَةٍ
وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ بِثَلَاثِينَ
وقال الشَّافِعِيُّ بِرُبْعِ دِينَارٍ حتى لو سَرَقَ رُبْعَ دِينَارٍ إلَّا حَبَّةً وهو مع نُقْصَانِهِ يُسَاوِي عَشَرَةً لَا يُقْطَعُ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا يُقْطَعُ
وَلَوْ سَرَقَ رُبُعَ دِينَارٍ لَا يُسَاوِي عَشَرَةً لم يُقْطَعْ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ يُقْطَعُ وَقِيمَةُ الدِّينَارِ عِنْدَنَا عَشَرَةٌ وَعِنْدَهُ اثْنَا عَشَرَ على ما نُبَيِّنُ في كِتَابِ الدِّيَاتِ
احْتَجَّ من اعْتَبَرَ الْخَمْسَةَ بِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا تُقْطَعُ الْخَمْسَةُ إلَّا بِخَمْسَةٍ
وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ بِمَا رُوِيَ عن سَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها عن النبي أَنَّهُ قال تُقْطَعُ يَدُ السَّارِقِ في رُبُعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَطَعَ في مِجَنٍّ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ وَهِيَ قِيمَةُ رُبُعِ دِينَارٍ عِنْدَهُ لِأَنَّ الدِّينَارَ على أَصْلِهِ مُقَوَّمٌ بِاثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا
وَلَنَا ما رَوَى مُحَمَّدٌ في الْكِتَابِ بِإِسْنَادِهِ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ عبد اللَّهِ بن عَمْرِو بن الْعَاصِ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ كان لَا يَقْطَعُ إلَّا في ثَمَنِ مِجَنٍّ وهو يَوْمَئِذٍ يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ
وفي رِوَايَةٍ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ قال قال رسول اللَّهِ لَا تقطع (((قطع))) فِيمَا دُونَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ
وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا

تُقْطَعُ الْيَدُ إلَّا في دِينَارٍ أو في عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا يُقْطَعُ السَّارِقُ إلَّا في ثَمَنِ الْمِجَنِّ وكان يُقَوَّمُ يَوْمَئِذٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ
وَعَنْ ابْنِ أُمِّ أَيْمَنَ أَنَّهُ قال ما قُطِعَتْ يَدٌ على عَهْدِ رسول اللَّهِ إلَّا في ثَمَنِ الْمِجَنِّ وكان يُسَاوِي يَوْمَئِذٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَمَرَ بِقَطْعِ يَدِ سَارِقِ ثَوْبٍ بَلَغَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَمَرَّ بِهِ سَيِّدُنَا عُثْمَانُ رضي اللَّهُ عنه فقال إنَّ هذا لَا يُسَاوِي إلَّا ثَمَانِيَةً فَدَرَأَ سَيِّدُنَا عُمَرُ الْقَطْعَ عنه
وَعَنْ سَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عُثْمَانَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهم مِثْلُ مَذْهَبِنَا وَالْأَصْلُ أَنَّ الْإِجْمَاعَ انعقد (((انعقد))) على وُجُوبِ الْقَطْعِ في الْعَشَرَةِ وَفِيمَا دُونَ الْعَشَرَةِ
اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ لِاخْتِلَافِ الْأَحَادِيثِ فَوَقَعَ الِاحْتِمَالُ في وُجُوبِ الْقَطْعِ فَلَا يَجِبُ مع الِاحْتِمَالِ
وإذا عُرِفَ أَنَّ النِّصَابَ شَرْطُ وُجُوبِ الْقَطْعِ بِالسَّرِقَةِ فَإِنْ وُجِدَ ذلك الْقَدْرُ في أَخْذِ سَرِقَةٍ وَاحِدَةٍ قُطِعَ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وهو كَمَالُ النِّصَابِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ السَّرِقَةُ لم يُقْطَعْ لِفَقْدِ الشَّرْطِ
وَعَلَى هذا مَسَائِلُ إذَا دخل رَجُلٌ دَارَ الرَّجُلِ فَسَرَقَ من بَيْتٍ فيها دِرْهَمًا فَأَخْرَجَهُ إلَى صَحْنِهَا ثُمَّ عَادَ فَأَخَذَ دِرْهَمًا من الْبَيْتِ فَأَخْرَجَهُ ثُمَّ عَادَ فَأَخَذَ دِرْهَمًا من الْبَيْتِ فَأَخْرَجَهُ فلم يَزَلْ بفعل (((يفعل))) ذلك حتى أَخَذَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ أَخْرَجَ الْعَشَرَةَ من الدَّارِ قُطِعَ لِأَنَّ هذه سَرِقَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الدَّارَ مع صَحْنِهَا وَبُيُوتِهَا حِرْزٌ وَاحِدٌ فما دَامَ في الدَّارِ لم يُوجَدْ الْإِخْرَاجُ من الْحِرْزِ فإذا أَخْرَجَ من الدَّارِ جُمْلَةً فَقَدْ وُجِدَ إخْرَاجُ نِصَابٍ من الْحِرْزِ فَيَجِبُ الْقَطْعُ
وَلَوْ كان خَرَجَ في كل مَرَّةٍ من الدَّارِ ثُمَّ عَادَ حتى فَعَلَ ذلك عَشْرَ مَرَّاتٍ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ هذه سَرِقَاتٌ إذْ كُلُّ فِعْلٍ منه إخْرَاجٌ من الْحِرْزِ فَكَانَ

كُلُّ فِعْلٍ منه مُعْتَبَرًا بِنَفْسِهِ وإنه سَرِقَةُ ما دُونَ النِّصَابِ فَلَا يُوجِبُ الْقَطْعَ
وَكَذَلِكَ جَمَاعَةٌ دَخَلُوا دَارًا وَأَخْرَجُوا من بَيْتٍ من بُيُوتِهَا الْمَتَاعَ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى إلَى صَحْنِ الدَّارِ ثُمَّ أَخْرَجُوهُ من الصَّحْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً يُقْطَعُونَ إذَا كان ما أَخْرَجُوا يَخُصُّ كُلَّ وَاحِدٍ منهم عَشَرَةَ دَرَاهِمَ
وَإِنْ تَفَرَّقَ الْإِخْرَاجُ يُعْتَبَرُ كُلُّ وَاحِدٍ بِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ جُمْلَةً وَاحِدَةً فَهُوَ سَرِقَةٌ وَاحِدَةٌ فإذا تَفَرَّقَ فَهُوَ سَرِقَاتٌ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مُعْتَبَرًا بِنَفْسِهِ
وَلَوْ سَرَقَ رَجُلٌ وَاحِدٌ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ من مَنْزِلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بِأَنْ سَرَقَ منه دِرْهَمًا أو تِسْعَةً لم يُقْطَعْ لِأَنَّهُمَا سَرِقَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الْمَنْزِلَيْنِ حِرْزٌ بِانْفِرَادِهِ فَهَتْكُ أَحَدِهِمَا بِمَا دُونَ النِّصَابِ لَا يُعْتَبَرُ في هَتْكِ الْآخَرِ فَيَبْقَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعْتَبَرًا في نَفْسِهِ
وَلَوْ سَرَقَ رَجُلٌ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لِعَشَرَةِ أَنْفُسٍ في مَوْضِعٍ وَاحِدٍ قُطِعَ
وَإِنْ تَفَرَّقَ مُلَّاكُهَا يُعْتَبَرُ في ذلك حَالُ السَّارِقِ
وَالسَّارِقُ وَاحِدٌ فَكَانَ النِّصَابُ كَامِلًا وَإِنَّمَا اُعْتُبِرَ حَالُ السَّارِقِ دُونَ الْمَسْرُوقِ

منه لِأَنَّ كَمَالَ النِّصَابِ شَرْطُ وُجُوبِ الْقَطْعِ وَالْقَطْعُ عليه
فَيُعْتَبَرُ جَانِبُ من عليه وَلَا يُعْتَبَرُ جَانِبُ الْمَسْرُوقِ منه لِأَنَّ الْحُكْمَ لم يَجِبْ له بَلْ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى
وَإِنْ كان عَشْرَةُ أَنْفُسٍ في دَارٍ كُلُّ وَاحِدٍ في بَيْتٍ على حِدَةٍ فَسَرَقَ من كل وَاحِدٍ منهم دِرْهَمًا يُقْطَعُ إذَا خَرَجَ بِالْجَمِيعِ من الدَّارِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الدَّارَ حِرْزٌ وَاحِدٌ وقد أَخْرَجَ منها نِصَابًا كَامِلًا فَكَانَتْ السَّرِقَةُ وَاحِدَةً وَإِنْ اخْتَلَفَ الْمَسْرُوقُ منه
وَلَوْ كانت الدَّارُ عَظِيمَةً فيها حُجَرٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ حُجْرَةٌ فَسَرَقَ من كل حُجْرَةٍ أَقَلَّ من عَشَرَةٍ لم يُقْطَعْ لِأَنَّ ذلك سَرِقَاتٌ إذْ كُلُّ حُجْرَةٍ حِرْزٌ بِانْفِرَادِهَا وَالسَّرِقَاتُ إذَا اخْتَلَفَتْ يُعْتَبَرُ في كل وَاحِدٍ منهما كَمَالُ النِّصَابِ ولم يُوجَدْ
وَلَوْ سَرَقَ عَشْرَةُ أَنْفُسٍ من رَجُلٍ وَاحِدٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لم يُقْطَعُوا بِخِلَافِ الْوَاحِدِ إذَا سَرَقَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ من عَشْرَةِ أَنْفُسٍ أَنَّهُ يُقْطَعُ إذَا كانت الدَّرَاهِمُ في حِرْزٍ وَاحِدٍ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمُعْتَبَرَ جَانِبُ السَّارِقِ لَا جَانِبُ الْمَسْرُوقِ منه فَكَانَتْ السَّرِقَةُ وَاحِدَةً فَيُعْتَبَرُ كَمَالُ النِّصَابِ في حَقِّ السَّارِقِ لَا في حَقِّ الْمَسْرُوقِ منه وَسَوَاءٌ كانت الدَّرَاهِمُ مُجْتَمَعَةً أو مُتَفَرِّقَةً بَعْدَ أَنْ كان الْحِرْزُ وَاحِدًا حتى لو سَرَقَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مُتَفَرِّقًا من كل كِيسٍ دِرْهَمًا من عَشْرَةِ أَنْفُسٍ من مَنْزِلٍ وَاحِدٍ يُقْطَعُ لِأَنَّ الْحِرْزَ وَاحِدٌ فإذا أَخْرَجَهَا منه فَقَدْ خَرَجَ بِنِصَابٍ كَامِلٍ من السَّرِقَةِ فَيُقْطَعُ
وَلَوْ سَرَقَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ تِسْعَةُ دَرَاهِمَ فَوَضَعَهُ على بَابِ الدَّارِ ثُمَّ دخل فَأَخَذَ ثَوْبًا آخَرَ يُسَاوِي تِسْعَةً فَأَخْرَجَهُ لم يُقْطَعْ لِأَنَّهُ لم يَبْلُغْ الْمَأْخُوذُ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابًا فَلَا يُقْطَعُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا صِفَاتُ النِّصَابِ فَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الدَّرَاهِمُ الْمَسْرُوقَةُ جِيَادًا حتى لو سَرَقَ عَشَرَةً زُيُوفًا أو نَبَهْرَجَةً أو سَتُّوقَةً لَا يُقْطَعُ إلَّا أَنْ تَكُونَ كَثِيرَةً تَبْلُغُ قِيمَةَ عَشَرَةٍ جِيَادٍ وَكَذَلِكَ الْمَسْرُوقُ من غَيْرِ الدَّرَاهِمِ إذَا كان لَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ قِيمَةَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ جيادا (((جياد))) لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الدَّرَاهِمِ في الْأَحَادِيثِ يَنْصَرِفُ إلَى الْجِيَادِ
وَمِنْهَا أَنْ يَعْتَبِرَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ وَزْنَ سَبْعَةٍ كَذَا قالوا لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَقَعُ على ذلك أَلَا تَرَى أَنَّهُ قُدِّرَ بِهِ النِّصَابُ في الزَّكَوَاتِ وَالدِّيَاتِ وَكَذَا الناس أَجْمَعُوا على هذا في وَزْنِ الدَّرَاهِمِ وَلِأَنَّ هذا أَوْسَطُ الْمَقَادِيرِ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ على عَهْدِ رسول اللَّهِ كانت صِغَارًا وَكِبَارًا فإذا جُمِعَ صَغِيرٌ وَكَبِيرٌ كَانَا دِرْهَمَيْنِ من وَزْنِ سَبْعَةٍ فَكَانَ هذا الْوَزْنُ هو أَوْسَطُ الْمَقَادِيرِ فَاعْتُبِرَ بِهِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَاطُهَا وَهَلْ يُعْتَبَرُ أَنْ تَكُونَ مَضْرُوبَةً ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ يَعْتَبِرُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً وَهَكَذَا رَوَى بِشْرٌ عن أبي يُوسُفَ وابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ حتى لو كان تِبْرًا قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً لَا يُقْطَعُ
وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ عليهم الرَّحْمَةُ أَنَّ السَّارِقَ إذَا سَرَقَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مِمَّا يَجُوزُ بين الناس وَيَرُوجُ في مُعَامَلَاتِهِمْ قُطِعَ
وَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّ كَوْنَهَا مَضْرُوبَةً ليس بِشَرْطٍ بَلْ يُقْطَعُ في الْمَضْرُوبَةِ وَغَيْرِهَا إذَا كان مِمَّا يَجُوزُ بين الناس وَيَرُوجُ في مُعَامَلَاتِهِمْ
لَهُمَا أَنَّ تَقْدِيرَ نِصَابِ السَّرِقَةِ وَقَعَ بِالدَّرَاهِمِ أو تَقْوِيمَ الْمِجَنِّ وَقَعَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّرَاهِمُ اسْمٌ لِلْمَضْرُوبَةِ وَالتِّبْرُ ليس بِمَضْرُوبٍ وَلَا في مَعْنَى الْمَضْرُوبِ في الْمَالِيَّةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَنْقُصُ عنه في الْقِيمَةِ فَأَشْبَهَ نُقْصَانَ الْوَزْنِ
وأبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ اعْتَبَرَ الْجَوَازَ وَالرَّوَاجَ في مُعَامَلَاتِ الناس فَأَجْرَى بِهِ التَّعَامُلَ بين الناس يَسْتَوِي في نِصَابِهِ الْمَضْرُوبُ وَالصَّحِيحُ وَالْمُكَسَّرُ كما في

نِصَابِ الزَّكَاةِ فما قَالَهُ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَقْرَبُ إلَى الْقِيَاسِ وما قَالَهُ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ أَقْرَبُ إلَى الِاحْتِيَاطِ في بَابِ الْحُدُودِ
ثُمَّ كَمَالُ النِّصَابِ في قِيمَةِ الْمَسْرُوقِ يُعْتَبَرُ وَقْتَ السَّرِقَةِ لَا غَيْرُ أَمْ وَقْتَ السَّرِقَةِ وَالْقَطْعِ جميعا وَفَائِدَةُ هذا تَظْهَرُ فِيمَا

(7/78)

إذَا كانت قِيمَةُ الْمَسْرُوقِ كَامِلَةً وَقْتَ السَّرِقَةِ ثُمَّ نَقَصَتْ أَنَّهُ هل يَسْقُطُ الْقَطْعُ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ نُقْصَانَ الْمَسْرُوقِ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان نُقْصَانُ الْعَيْنِ بِأَنْ دخل الْمَسْرُوقَ عَيْبٌ أو ذَهَبَ بَعْضُهُ
وَإِمَّا إن كان نُقْصَانُ السِّعْرِ فَإِنْ كان نُقْصَانُ الْعَيْنِ يُقْطَعُ السَّارِقُ وَلَا يُعْتَبَرُ كَمَالُ النِّصَابِ وَقْتَ الْقَطْعِ بَلْ وَقْتَ السَّرِقَةِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ نُقْصَانَ عَيْنِهِ هَلَاكُ بَعْضِهِ وَهَلَاكُ الْكُلِّ لَا يُسْقِطُ الْقَطْعَ فَهَلَاكُ الْبَعْضِ أَوْلَى وَإِنْ كان نُقْصَانُ السِّعْرِ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْطَعُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ في الْوَقْتَيْنِ جميعا
وَرَوَى مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُقْطَعُ وَهَكَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ وَقْتَ الْإِخْرَاجِ من الْحِرْزِ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ نُقْصَانَ السِّعْرِ دُونَ نُقْصَانِ الْعَيْنِ لِأَنَّ ذلك لَا يُؤَثِّرُ في الْمَحِلِّ وَهَذَا يُؤَثِّرُ فيه ثُمَّ نُقْصَانُ الْعَيْنِ لم يُؤَثِّرْ في إسْقَاطِ الْقَطْعِ فَنُقْصَانُ السِّعْرِ أَوْلَى
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ على ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْفَرْقُ بين النُّقْصَانَيْنِ وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ نُقْصَانَ السِّعْرِ يُورِثُ شُبْهَةَ نُقْصَانٍ في الْمَسْرُوقِ وَقْتَ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الْعَيْنَ بِحَالِهَا قَائِمَةٌ لم تَتَغَيَّرْ وَتَغَيُّرُ السِّعْرِ ليس بِمَضْمُونٍ على السَّارِقِ أَصْلًا فَيُجْعَلَ النُّقْصَانُ الطارىء كَالْمَوْجُودِ عِنْدَ السَّرِقَةِ بِخِلَافِ نُقْصَانِ الْعَيْنِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ تَغَيُّرَ الْعَيْنِ إذْ هو هَلَاكُ بَعْضِ الْعَيْنِ وهومضمون عليه في الْجُمْلَةِ فَلَا يُمْكِنُ تَقْدِيرُ وُجُودِهِ وَقْتَ السَّرِقَةِ
وَكَذَا إذَا سَرَقَ في بَلَدٍ فَأَخَذَ في بَلَدٍ آخَرَ وَالْقِيمَةُ فيه أَنْقَصُ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ حتى تَكُونَ الْقِيمَةُ جميعا في السِّعْرِ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ وَعَلَى رِوَايَةِ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ وَقْتَ السَّرِقَةِ لَا غَيْرُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَسْرُوقُ الذي يُقْطَعُ فيه في الْجُمْلَةِ مَقْصُودًا بِالسَّرِقَةِ لَا تَبَعًا لِمَقْصُودٍ وَلَا يَتَعَلَّقُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ في قَوْلِهِمَا
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ هذا ليس بِشَرْطٍ
وَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالسَّرِقَةِ إذَا كان مِمَّا يُقْطَعُ فيه لو انْفَرَدَ وَبَلَغَ نِصَابًا بِنَفْسِهِ يُقْطَعُ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ لم يَبْلُغْ بِنَفْسِهِ نِصَابًا إلَّا بِالتَّابِعِ يَكْمُلُ النِّصَابُ بِهِ فَيُقْطَعُ
وَكَذَلِكَ إذَا كان واحد (((واحدا))) مِنْهُمَا مَقْصُودًا وَلَا يَبْلُغُ بِنَفْسِهِ نِصَابًا يَكْمُلُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ وَيُقْطَعُ وَإِنْ كان الْمَقْصُودُ بِالسَّرِقَةِ مِمَّا لَا يُقْطَعُ فيه لو انْفَرَدَ لَا يُقْطَعُ وَإِنْ كان معه غَيْرُهُ مِمَّا يَبْلُغُ نِصَابًا إذَا لم يَكُنْ الْغَيْرُ مَقْصُودًا بِالسَّرِقَةِ بَلْ يَكُونُ تَابِعًا في قَوْلِهِمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يُقْطَعُ إذَا كان ذلك الْغَيْرُ نِصَابًا كَامِلًا

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا سَرَقَ إنَاءً من ذَهَبٍ أو فِضَّةٍ فيه شَرَابٌ أو مَاءٌ أو لَبَنٌ أو مَاءُ وَرْدٍ أو ثَرِيدٌ أو نَبِيذٌ أو غَيْرُ ذلك مِمَّا لَا يُقْطَعُ فيه لو انْفَرَدَ لم يُقْطَعْ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْطَعُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ ما في الْإِنَاءِ إذَا كان مِمَّا لَا يُقْطَعُ فيه الْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَيُعْتَبَرُ أَخَذُ الْإِنَاءِ على الِانْفِرَادِ فَيُقْطَعُ فيه

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ من هذه السَّرِقَةِ ما في الْإِنَاءِ وَالْإِنَاءُ تَابِعٌ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لو قَصَدَ الْإِنَاءَ بِالْأَخْذِ لَأَبْقَى ما فيه وما في الْإِنَاءِ لَا يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ فإذا لم يَجِبْ الْقَطْعُ بِالْمَقْصُودِ لَا يَجِبُ بِالتَّابِعِ

وَإِلَى هذا أَشَارَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْكِتَابِ فقال إنَّمَا أَنْظُرُ إلَى ما في جَوْفِهِ فَإِنْ كان ما في جَوْفِهِ لَا يُقْطَعُ فيه لم أَقْطَعْهُ وَلَوْ سَرَقَ ما في الْإِنَاءِ في الدَّارِ قبل أَنْ يُخْرِجَ الْإِنَاءَ منها ثُمَّ أَخْرَجَ الْإِنَاءَ فَارِغًا منه قُطِعَ لِأَنَّهُ لَمَّا سَرَقَ ما فيه في الدَّارِ عُلِمَ أَنَّ مَقْصُودَهُ هو الْإِنَاءُ وَالْمَقْصُودُ بِالسَّرِقَةِ إذَا كان مِمَّا يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَبَلَغَ نِصَابًا يُقْطَعُ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا سَرَقَ صَبِيًّا حُرًّا لَا يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ وَعَلَيْهِ حُلِيٌّ

وَإِنْ كان يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ لَا يُقْطَعُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ له يَدًا على نَفْسِهِ وَعَلَى ما عليه من الْحُلِيِّ فَلَا يَكُونُ أَخْذُهُ سَرِقَةً بَلْ يَكُونُ خِدَاعًا فَلَا يُقْطَعُ

وَكَذَلِكَ إذَا سَرَقَ عَبْدًا صَبِيًّا يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ وَعَلَيْهِ حُلِيٌّ أو لم يَكُنْ لَا يُقْطَعُ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كان لَا يُعَبِّرُ عن نَفْسِهِ يُقْطَعُ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يُقْطَعُ بِنَاءً على أَنَّ سَرِقَةَ مِثْلِ هذا الْعَبْدِ يُوجِبُ الْقَطْعَ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَهُ لَا يُوجِبُ وَالْمَسْأَلَةُ قد مَرَّتْ

وَلَوْ سَرَقَ كَلْبًا أو غَيْرَهُ من السِّبَاعِ في عُنُقِهِ طَوْقٌ لم يُقْطَعْ وَكَذَلِكَ لو سَرَقَ مُصْحَفًا مُفَضَّضًا أو مُرَصَّعًا بِيَاقُوتٍ لم يُقْطَعْ عِنْدَهُمَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْطَعُ لِمَا ذَكَرْنَا

وَلَوْ سَرَقَ كُوزًا قِيمَتُهُ تِسْعَةُ دَرَاهِمَ وَفِيهِ عَسَلٌ يُسَاوِي دِرْهَمًا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ ما فيه من الْعَسَلِ وَالْكُوزُ تَبَعٌ فَيَكْمُلُ نِصَابُ الْأَصْلِ بِهِ

وَكَذَلِكَ لو سَرَقَ حِمَارًا يُسَاوِي تِسْعَةً وَعَلَيْهِ إكَافٌ يُسَاوِي دِرْهَمًا يُقْطَعُ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ سَرَقَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ من ثَوْبٍ وَالثَّوْبُ لَا يُسَاوِي عَشَرَةً يُنْظَرُ إنْ كان ذلك الثَّوْبُ يَصْلُحُ وِعَاءً لِلدَّرَاهِمِ بِأَنْ تُشَدَّ فيه الدَّرَاهِمُ عَادَةً بِأَنْ كانت خِرْقَةً وَنَحْوَهَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْأَخْذِ هو ما فيه وَإِنْ كان لَا يَصْلُحُ بِأَنْ كان ثَوْبَ كِرْبَاسَ فَإِنْ كان تَبْلُغُ قِيمَةُ الثَّوْبِ

نِصَابًا بِأَنْ كان يُسَاوِي عَشَرَةً يُقْطَعُ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ الثَّوْبَ مَقْصُودٌ بِنَفْسِهِ بِالسَّرِقَةِ وَإِنْ كان لَا يَبْلُغُ نِصَابًا قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْطَعُ

وَذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّ اللِّصَّ إنْ كان يَعْلَمُ بِالدَّرَاهِمِ يُقْطَعْ وَإِنْ كان لايعلم لَا يُقْطَعُ

وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي حَنِيفَةَ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ يُقْطَعُ عَلِمَ بها أو لم يَعْلَمْ ووجه (((ووجهه))) أَنَّ الْعِلْمَ بِالْمَسْرُوقِ ليس بِشَرْطٍ لِوُجُوبِ الْقَطْعِ بَلْ الشَّرْطُ أَنْ يَكُونَ نِصَابًا وقد وُجِدَ

وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّهُ إذَا كان يَعْلَمُ بِالدَّرَاهِمِ كان مَقْصُودُهُ بِالْأَخْذِ الدَّرَاهِمَ وقد بَلَغَتْ نِصَابًا فَيُقْطَعُ وإذا كان لَا يَعْلَمُ بها كان مَقْصُودُهُ الثَّوْبَ وَأَنَّهُ لم يَبْلُغْ النِّصَابَ فَلَا يُقْطَعُ
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى لِأَبِي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ مِثْلَ هذا الثَّوْبِ إذَا كان مِمَّا لَا تُشَدُّ بِهِ الدَّرَاهِمُ عَادَةً كان مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ بِالسَّرِقَةِ وَإِنْ لم يَبْلُغْ نِصَابًا فلم يَجِبْ فيه الْقَطْعُ فَكَذَا فِيمَا فيه لِأَنَّهُ تَابِعٌ له وَلَوْ سَرَقَ جوالق (((جوالقا))) أو جِرَابًا فيه مَالٌ كَثِيرٌ قُطِعَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالسَّرِقَةِ هو الْمَظْرُوفُ لَا الظَّرْفُ وَالْمَقْصُودُ مِمَّا يَجِبُ الْقَطْعُ بِسَرِقَتِهِ فَيُقْطَعُ
وَكَذَا إذَا كان الثَّوْبُ لَا يُسَاوِي عَشَرَةً وَفِيهِ مَالٌ عَظِيمٌ عَلِمَ بِهِ اللِّصُّ يُقْطَعُ لِأَنَّ الثَّوْبَ يَصْلُحُ وِعَاءً لِلْمَالِ الْكَثِيرِ وَلَا يَصْلُحُ وِعَاءً لِلْيَسِيرِ فَفِيمَا صَلَحَ وِعَاءً له يُعْتَبَرُ ما فيه لِأَنَّا نَعْلَمُ يَقِينًا أَنَّ مَقْصُودَهُ ما فيه وَفِيمَا لَا يَصْلُحُ يَعْتَبِرُ نَفْسَهُ مَقْصُودًا بِالسَّرِقَةِ وما فيه تَابِعًا له وَلَا قَطْعَ في الْمَقْصُودِ لِنُقْصَانِ النِّصَابِ فَكَذَا في التَّابِعِ لِأَنَّ التَّبَعَ حُكْمُهُ حُكْمُ الْأَصْلِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَسْرُوقِ منه فَهُوَ أَنْ يَكُونَ له يَدٌ صَحِيحَةٌ وهو يَدُ الْمِلْكِ أو يَدُ الْأَمَانَةِ كَيَدِ الْمُودِعِ وَالْمُسْتَعِيرِ وَالْمُضَارِبِ وَالْمُبْضِعِ أو يَدُ الضَّمَانِ كَيَدِ الْغَاصِبِ وَالْقَابِضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالْمُرْتَهِنِ فَيَجِبُ الْقَطْعُ على السَّارِقِ من هَؤُلَاءِ أَمَّا من الْمَالِكِ فَلَا شَكَّ فيه وَكَذَا من أَمِينِهِ لِأَنَّ يَدَ أَمِينِهِ يَدُهُ فَالْأَخْذُ منه كَالْأَخْذِ من الْمَالِكِ فَأَمَّا من الْغَاصِبِ فإن مَنْفَعَةَ يَدَهُ عَائِدَةً إلَى الْمَالِكِ إذْ بها يَتَمَكَّنُ من الرَّدِّ على الْمَالِكِ لِيَخْرُجَ عن الْعُهْدَةِ فَكَانَتْ يَدُهُ يَدَ الْمَالِكِ من وَجْهٍ وَلِأَنَّ الْمَغْصُوبَ مَضْمُونٌ على الْغَاصِبِ وَضَمَانُ الْغَصْبِ عِنْدَنَا ضَمَانُ مِلْكٍ فَأَشْبَهَ يَدَ الْمُشْتَرِي وَالْمَقْبُوضُ على سَوْمِ الشِّرَاءِ مَضْمُونٌ على الْقَابِضِ وَالْمَرْهُونُ مَضْمُونٌ على الْمُرْتَهِنِ بِالدَّيْنِ فَيَجِبُ الْقَطْعُ على السَّارِقِ منهم وَهَلْ يَسْتَوْفِي بِخُصُومَتِهِمْ حَالَ غَيْبَةِ الْمَالِكِ فيه خِلَافٌ نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ على السَّارِقِ من السَّارِقِ لِأَنَّ يَدَ السَّارِقِ لَيْسَتْ بِيَدٍ صَحِيحَةٍ إذْ لَيْسَتْ يَدَ مِلْكٍ وَلَا يَدَ أَمَانَةٍ وَلَا يَدَ ضَمَانٍ فَكَانَ الْأَخْذُ منه كَالْأَخْذِ من الطَّرِيقِ وَإِنْ كان الْقَطْعُ دريء (((درئ))) عن الْأَوَّلِ قُطِعَ الثَّانِي لِأَنَّهُ إذَا دريء (((درئ))) عنه الْقَطْعُ صَارَتْ يَدُهُ يَدَ ضَمَانٍ وَيَدُ الضَّمَانِ يَدٌ صَحِيحَةٌ كَيَدِ الْغَاصِبِ وَنَحْوِهِ
وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَسْرُوقِ فيه وهو الْمَكَانُ فَهُوَ أَنْ تَكُونَ السَّرِقَةُ في دَارِ الْعَدْلِ فَلَا يُقْطَعُ بِالسَّرِقَةِ في دَارِ الْحَرْبِ وَدَارِ الْبَغْيِ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لِلْإِمَامِ في دَارِ الْحَرْبِ وَلَا على دَارِ الْبَغْيِ فَالسَّرِقَةُ الْمَوْجُودَةُ فِيهِمَا لَا تَنْعَقِدُ سَبَبًا لِوُجُوبِ الْقَطْعِ
وَبَيَانُ هذا في مَسَائِلِ التُّجَّارِ أو الْأَسَارَى من أَهْلِ الْإِسْلَامِ في دَارِ الْحَرْبِ إذَا سَرَقَ بَعْضُهُمْ من بَعْضٍ ثُمَّ خَرَجُوا إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَأَخَذَ السَّارِقُ لَا يَقْطَعُهُ الْإِمَامُ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لِلْإِمَامِ في دَارِ الْحَرْبِ فَالسَّرِقَةُ الْمَوْجُودَةُ فِيهِمَا لم تَنْعَقِدْ سَبَبًا لِوُجُوبِ الْقَطْعِ فَلَا تستوفى في دَارِ الْإِسْلَامِ
وَكَذَلِكَ التُّجَّارُ من أَهْلِ الْعَدْلِ في مُعَسْكَرِ أَهْلِ الْبَغْيِ أو الْأَسَارَى في أَيْدِيهِمْ إذَا سَرَقَ بَعْضُهُمْ من بَعْضٍ ثُمَّ خَرَجُوا إلَى أَهْلِ الْعَدْلِ فَأَخَذَ السَّارِقُ لم يَقْطَعْهُ الْإِمَامُ لِأَنَّ السَّرِقَةَ وُجِدَتْ في مَوْضِعٍ لَا يَدَ لِلْإِمَامِ عليه فَأَشْبَهَتْ السَّرِقَةَ في دَارِ الْحَرْبِ
وَكَذَلِكَ رَجُلٌ من أَهْلِ الْبَغْيِ جاء لِلْإِمَامِ تَائِبًا وقد سَرَقَ من أَهْلِ الْبَغْيِ لم يَقْطَعْهُ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَلِكَ رَجُلٌ من أَهْلِ الْعَدْلِ أَغَارَ على مُعَسْكَرِ أَهْلِ الْبَغْيِ فَسَرَقَ منهم لم يَقْطَعْهُ الْإِمَامُ لِأَنَّ السَّرِقَةَ لم تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً لِلْقَطْعِ لِعَدَمِ وَلَايَةِ الِاسْتِيفَاءِ فيه وَلِأَنَّهُ أَخَذَ عن تَأْوِيلٍ لِأَنَّ لِأَهْلِ الْعَدْلِ أَنْ يَأْخُذُوا أَمْوَالَ أَهْلِ الْبَغْيِ وَيَحْبِسُونَهَا عِنْدَهُمْ حتى يَتُوبُوا فَكَانَ في الْعِصْمَةِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ

وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ من أَهْلِ الْبَغْيِ إذَا سَرَقَ من مُعَسْكَرِ أَهْلِ الْعَدْلِ وَعَادَ إلَى مُعَسْكَرِهِ ثُمَّ أَخَذَ بَعْدَ ذلك لم يُقْطَعْ لِأَنَّهُمْ يَعْتَقِدُونَ إبَاحَةَ أَمْوَالِنَا وَلَهُمْ مَنَعَةٌ فَكَانَ أَخْذُهُ عن تَأْوِيلٍ فَلَا يُقْطَعُ بِالسَّرِقَةِ كما لَا يَضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ

وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا من أَهْلِ الْعَدْلِ سَرَقَ من إنْسَانٍ مَالًا وهو يَشْهَدُ عليه بِالْكُفْرِ وَيَسْتَحِلُّ دَمَهُ وَمَالَهُ يُقْطَعُ لِأَنَّ مُجَرَّدَ اعْتِقَادِ الْإِبَاحَةِ لَا عِبْرَةَ بِهِ وَلِأَنَّا لو اعْتَبَرْنَا ذلك لَأَدَّى إلَى سَدِّ بَابِ الْحَدِّ

(7/80)

لِأَنَّ كُلَّ سَارِقٍ لَا يَعْجِزُ عن إظْهَارِ ذلك فَيَسْقُطَ الْقَطْعُ عن نَفْسِهِ وَهَذَا قَبِيحٌ فما يُؤَدِّي إلَيْهِ مِثْلُهُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما تَظْهَرُ بِهِ السَّرِقَةُ عِنْدَ الْقَاضِي فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ السَّرِقَةُ الْمُوجِبَةُ لِلْقَطْعِ عِنْدَ الْقَاضِي تَظْهَرُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةُ وَالثَّانِي الْإِقْرَارُ أَمَّا الْبَيِّنَةُ فظهر (((فتظهر))) بها السَّرِقَةُ إذَا اُسْتُجْمِعَتْ شَرَائِطُهَا لِأَنَّهَا خَبَرٌ يُرَجَّحُ فيه جَنَبَةُ الصِّدْقِ على جَنَبَةِ الْكَذِبِ فَيَظْهَرُ الْمُخْبَرُ بِهِ

وَشَرَائِطُ قَبُولِ الْبَيِّنَةِ في بَابِ السَّرِقَةِ بَعْضُهَا يَعُمُّ الْبَيِّنَاتِ كُلَّهَا وقد ذَكَرْنَا ذلك في كِتَابِ الشَّهَادَاتِ وَبَعْضُهَا يَخُصُّ أَبْوَابَ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وهو الذُّكُورَةُ وَالْعَدَالَةُ وَالْأَصَالَةُ فَلَا تُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَلَا شَهَادَةُ الْفُسَّاقِ وَلَا الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ لِأَنَّ في شَهَادَةِ هَؤُلَاءِ زِيَادَةَ شُبْهَةٍ لَا ضَرُورَةَ إلَى تَحَمُّلِهَا فِيمَا يُحْتَالُ لِدَفْعِهِ وَيُحْتَاطُ لِدَرْئِهِ

وَكَذَا عَدَمُ تَقَادُمِ الْعَهْدِ إلَّا في حَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ حتى لو شَهِدُوا بِالسَّرِقَةِ بَعْدَ حِينٍ لم تُقْبَلْ وَلَا يُقْطَعُ وَيَضْمَنُ الْمَالَ

وَالْأَصْلُ أَنَّ التَّقَادُمَ يُبْطِلُ الشَّهَادَةَ على الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ وَلَا يُبْطِلُهَا على حَدِّ الْقَذْفِ وَلَا يُبْطِلُ الْإِقْرَارَ أَيْضًا

وَالْفَرْقُ ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ الْحُدُودِ وَإِنَّمَا ضَمِنَ الْمَالَ لِأَنَّ التَّقَادُمَ إنَّمَا يَمْنَعُ من الشَّهَادَةِ على الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِلشُّبْهَةِ وَالشُّبْهَةُ تَمْنَعُ وُجُوبَ الْحَدِّ وَلَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الْمَالِ وَبَعْضُهَا يَخُصُّ أَرْبَابَ الْأَمْوَالِ وَالْحُقُوقِ وهو الْخُصُومَةُ وَالدَّعْوَى مِمَّنْ له يَدٌ صَحِيحَةٌ حتى لو شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ من فُلَانٍ الْغَائِبِ لم تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ما لم يَحْضُرْ الْمَسْرُوقُ منه وَيُخَاصِمُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ كَوْنَ الْمَسْرُوقِ مِلْكًا لِغَيْرِ السَّارِقِ شَرْطٌ لِكَوْنِ الْفِعْلِ سَرِقَةً وَلَا يَظْهَرُ ذلك إلَّا بِالْخُصُومَةِ فإذا لم تُوجَدْ الْخُصُومَةُ لم تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ وَلَكِنْ يُحْبَسُ السَّارِقُ لِأَنَّ إخْبَارَهُمْ أَوْرَثَ تُهْمَةً وَيَجُوزُ الْحَبْسُ بِالتُّهْمَةِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ حَبَسَ رَجُلًا بِالتُّهْمَةِ وَهَلْ يُشْتَرَطُ حُضُورُ الْمَوْلَى لِقَبُولِ الْبَيِّنَةِ الْقَائِمَةِ على سَرِقَةِ عَبْدِهِ مَالَ إنْسَانٍ وَالْعَبْدُ يَجْحَدُ اُخْتُلِفَ فيه

قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ يُشْتَرَطُ حتى لو كان مَوْلَاهُ غَائِبًا لم تُقْبَلْ الْبَيِّنَةُ وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ ويقضي عليه بِالْقَطْعِ وَإِنْ كان مَوْلَاهُ غَائِبًا
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْقَطْعَ إنَّمَا يَجِبُ على الْعَبْدِ بِالسَّرِقَةِ من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ مُكَلَّفٌ لَا من حَيْثُ إنَّهُ مَالٌ مَمْلُوكٌ لِلْمَوْلَى
وَمِنْ هذا الْوَجْهِ الْمَوْلَى أَجْنَبِيٌّ عنه فَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ حَضْرَتِهِ كما لَا تُشْتَرَطُ حَضْرَةُ سَائِرِ الْأَجَانِبِ وَلِهَذَا لو أَقَرَّ بِالسَّرِقَةِ نَفَذَ إقْرَارُهُ وَلَا يُشْتَرَطُ حُضُورُ الْمَوْلَى
كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ هذه الْبَيِّنَةَ تَتَضَمَّنُ إتْلَافَ مِلْكِ الْمَوْلَى فَلَا يُقْضَى بها مع غِيبَةِ الْمَوْلَى كَالْبَيِّنَةِ الْقَائِمَةِ على مِلْكِ شَيْءٍ من رَقَبَةِ الْعَبْدِ وَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّهُ لو كان حضارا (((حاضرا))) لَادَّعَى شُبْهَةً مَانِعَةً من قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَالْحُدُودُ تُدْرَأُ ما أَمْكَنَ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ لِأَنَّهُ بعدما وَقَعَ مُوجِبًا لِلْحَدِّ لَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى رَدَّهُ بِوَجْهٍ فلم تَتَمَكَّنْ فيه شُبْهَةٌ وَلَا تَظْهَرُ السَّرِقَةُ بِالنُّكُولِ حتى لو ادَّعَى على رَجُلٍ سَرِقَةً فَأَنْكَرَ فاستحلف (((فاستخلف))) فَنَكَلَ لَا يُقْضَى عليه بِالْقَطْعِ وَيُقْضَى بِالْمَالِ لِأَنَّ النُّكُولَ إمَّا أَنْ يَجْرِيَ مَجْرَى الْبَدَلِ وَالْقَطْعُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْبَدَلَ وَالْإِبَاحَةَ وَالْمَالُ مما يَحْتَمِلُ الْبَدَلَ وَالْإِبَاحَةَ وَإِمَّا أَنْ يَجْرِيَ مَجْرَى إقْرَارٍ فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِكَوْنِهِ إقْرَارًا من طَرِيقِ السُّكُوتِ لَا صَرِيحًا وَالشُّبْهَةُ تَمْنَعُ وُجُوبَ الْحَدِّ وَلَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الْمَالِ
وَأَمَّا الْإِقْرَارُ فَتَظْهَرُ بِهِ السَّرِقَةُ الْمُوجِبَةُ لِلْقَطْعِ أَيْضًا لِأَنَّ الْإِنْسَانَ غَيْرُ مُتَّهَمٍ في الْإِقْرَارِ على نَفْسِهِ بِالْإِضْرَارِ بِنَفْسِهِ فَتَظْهَرَ بِهِ السَّرِقَةُ كما تَظْهَرُ بِالْبَيِّنَةِ بل (((وبل))) أَوْلَى لِأَنَّ الْمَرْءَ قد يُتَّهَمُ في حَقِّ غَيْرِهِ ما لَا يُتَّهَمُ في حَقِّ نَفْسِهِ وَسَوَاءٌ كان الذي أَقَرَّ بِالسَّرِقَةِ عَبْدًا مَأْذُونًا أو مَحْجُورًا بَعْدَ أَنْ كان من أَهْلِ وُجُوبِ الْقَطْعِ عليه وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْطَعُ بِإِقْرَارِ الْعَبْدِ من غَيْرِ تَصْدِيقِ الْمَوْلَى
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ أَنَّ الْعَبْدَ إذَا أَقَرَّ بِسَرِقَةِ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان مَأْذُونًا أو مَحْجُورًا وَالْمَالُ قَائِمٌ أو هَالِكٌ فَإِنْ كان مَأْذُونًا يُقْطَعُ ثُمَّ إنْ كان الْمَالُ هَالِكًا أو مُسْتَهْلَكًا لَا ضَمَانَ عليه سَوَاءٌ صَدَّقَهُ مَوْلَاهُ في إقْرَارِهِ أو كَذَّبَهُ لِأَنَّ الْقَطْعَ مع الضَّمَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ عِنْدَنَا
وَإِنْ كان الْمَالُ قَائِمًا فَهُوَ لِلْمَسْرُوقِ منه
وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُقْطَعُ من غَيْرِ تَصْدِيقِ الْمَوْلَى وَالْمَالُ لِلْمَسْرُوقِ منه
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ إقْرَارَ الْعَبْدِ يَتَضَمَّنُ إتْلَافَ مَالِ الْمَوْلَى لِأَنَّ ما في يَدِ الْعَبْدِ مَالُ مَوْلَاهُ فَلَا يُقْبَلُ من غَيْرِ تَصْدِيقِ الْمَوْلَى
وَلَنَا أَنَّ الْعَبْدَ غَيْرُ مُتَّهَمٍ في هذا الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْمَوْلَى إنْ كان يَتَضَرَّرُ بِهِ فَضَرَرُ الْعَبْدِ أَعْظَمُ فلم يَكُنْ مُتَّهَمًا في إقْرَارِهِ فَيُقْبَلَ وَلِأَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمَوْلَى في يَدِ الْعَبْدِ في حَقِّ الْقَطْعِ كما لَا مِلْكَ له في نَفْسِهِ في حَقِّ الْقَتْلِ فَكَانَ الْعَبْدُ فيه مُبْقًى على أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فَيُقْبَلُ إقْرَارُهُ كَالْحُرِّ
وَبِهِ

تَبَيَّنَ أَنَّ إقْرَارَهُ لم يَتَضَمَّنْ إبْطَالَ حَقِّ الْمَوْلَى في حَقِّ الْقَطْعِ لِعَدَمِ الْحَقِّ له في حَقِّهِ

وَإِنْ كان مَحْجُورًا تُقْطَعْ يَدُهُ ثُمَّ إنْ كان الْمَالُ هَالِكًا أو مُسْتَهْلَكًا لَا ضَمَانَ عليه كَذَّبَهُ مَوْلَاهُ أو صَدَّقَهُ وَإِنْ كان قَائِمًا فَإِنْ صَدَّقَهُ مَوْلَاهُ تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَسْرُوقِ منه وَإِنْ كَذَّبَهُ بِأَنْ قال هذا مَالِي اخْتَلَفَ فيه أَصْحَابُنَا الثَّلَاثَةُ

قال أبو حَنِيفَةَ تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَسْرُوقِ منه

وقال أبو يُوسُفَ تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَوْلَى وَلَا ضَمَانَ على الْعَبْدِ في الْحَالِ وَلَا بَعْدَ الْعِتْقِ

وقال مُحَمَّدٌ لَا تُقْطَعُ يَدُهُ وَالْمَالُ لِلْمَوْلَى وَيَضْمَنُ مثله لِلْمُقَرِّ له بَعْدَ الْعِتْقِ

وَجْهُ قَوْلِهِ ظَاهِرٌ لِأَنَّ إقْرَارَ الْمَحْجُورِ بِالْمَالِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ ما في يَدِهِ مِلْكُ مَوْلَاهُ ظَاهِرًا وَغَالِبًا وإذا لم يَنْفُذْ إقْرَارُهُ بِالْمَالِ بَقِيَ الْمَالُ على حُكْمِ مِلْكِ الْمَوْلَى وَلَا قَطْعَ في مَالِ الْمَوْلَى بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ لِأَنَّ إقْرَارَهُ بِالْمَالِ جَائِزٌ وإذاجاز إقْرَارُهُ بِالْمَالِ لِغَيْرِهِ تَثْبُتُ السَّرِقَةُ منه فَيُقْطَعُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ إقْرَارَهُ بِالْحَدِّ جَائِزٌ وَإِنْ كان لَا يَجُوزُ بِالْمَالِ إذْ ليس من ضَرُورَةِ جَوَازِ إقْرَارِهِ في حَقِّ الْحَدِّ جَوَازُهُ في الْمَالِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو قال سَرَقْت هذا الْمَالَ الذي في يَدِ زَيْدٍ من عمر (((عمرو))) ويقبل (((يقبل))) إقْرَارُهُ في الْقَطْعِ وَلَا يُقْبَلُ في الْمَالِ

كَذَا هذا

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ إقْرَارَ الْعَبْدِ بِالْحَدِّ جَائِزٌ لِمَا ذَكَرْنَا في الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ فَلَزِمَهُ الْقَطْعُ فَبَعْدَ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يُقْطَعَ في الْمَالِ الْمُقِرِّ بِهِ بِعَيْنِهِ وَيُرَدَّ الْمَسْرُوقُ إلَى الْمَوْلَى وَإِمَّا أَنْ يُقْطَعَ في مَالٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ قَطْعَ الْيَدِ في مَالٍ مَحْكُومٍ بِهِ لِمَوْلَاهُ لَا يَجُوزُ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْطَعَ في مَالٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ صَادَفَ مَالًا مُعَيَّنًا فَتَعَيَّنَ أَنْ يُقْطَعَ في الْمَالِ الْمُقِرِّ بِهِ بِعَيْنِهِ وَيُرَدَّ الْمَالُ إلَى الْمَسْرُوقِ منه

هذا إذَا كان الْعَبْدُ بَالِغًا عَاقِلًا وَقْتَ الْإِقْرَارِ فَأَمَّا إذَا كان صَبِيًّا عَاقِلًا فَلَا قَطْعَ عليه لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ الْخِطَابِ بِالشَّرَائِعِ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان مَأْذُونًا يَصِحُّ إقْرَارُهُ بِالْمَالِ فَإِنْ كان قَائِمًا يُرَدُّ عليه وَإِنْ كان هَالِكًا يَضْمَنْ وَإِنْ كان مَحْجُورًا لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ إلَّا بِتَصْدِيقِ الْمَوْلَى فَإِنْ كَذَّبَهُ فَالْمَالُ لِلْمَوْلَى إنْ كان قَائِمًا وَإِنْ هَالِكًا لَا ضَمَانَ عليه لَا في الْحَالِ وَلَا بَعْدَ الْعَتَاقِ

وَلَوْ أَقَرَّ الْعَبْدُ بِسَرِقَةِ ما دُونَ الْعَشَرَةِ لايقطع لِأَنَّ النِّصَابَ شَرْطٌ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان مَأْذُونًا يَصِحَّ إقْرَارُهُ وَيُرَدُّ الْمَالُ إلَى الْمَسْرُوقِ منه وَإِنْ كان هَالِكًا يَضْمَنْ سَوَاءٌ كان الْعَبْدُ مُخَاطَبًا أو لم يَكُنْ وَإِنْ كان مَحْجُورًا فَإِنْ صَدَّقَهُ مَوْلَاهُ فَكَذَلِكَ وَإِنْ كَذَّبَهُ فَالْمَالُ لِلْمَوْلَى وَيَضْمَنُ الْعَبْدُ بَعْدَ الْعِتْقِ إنْ كان مُخَاطَبًا وَقْتَ الْإِقْرَارِ وَإِنْ كان صَغِيرًا لَا ضَمَانَ عليه

وَالْأَصْلُ في جِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ أَنَّ كُلَّ ما لَا يَصِحُّ إقْرَارُ الْمَوْلَى على عَبْدِهِ يَصِحُّ إقْرَارُ الْعَبْدِ فيه ثُمَّ الْمَوْلَى إذَا أَقَرَّ على عَبْدِهِ بِالْقِصَاصِ أو حَدِّ الزِّنَا أو حَدِّ الْقَذْفِ أو السَّرِقَةِ أو الْقَطْعِ في السَّرِقَةِ لَا يَصِحُّ فإذا أَقَرَّ الْعَبْدُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَصِحُّ

وَأَمَّا إذَا أَقَرَّ الْمَوْلَى على عَبْدِهِ بِالْجِنَايَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فِيمَا يَجِبُ فيه الدَّفْعُ أو الْفِدَاءُ فإنه يُنْظَرُ إنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ صَحَّ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يُسْلَكُ فيها مَسْلَكُ الْأَمْوَالِ فَكَأَنَّ الْمَوْلَى أَقَرَّ عليه بِالدَّيْنِ

وَلَوْ أَقَرَّ عليه بِالدَّيْنِ يَصِحُّ كَذَا هذا

وَإِنْ كان عليه دَيْنٌ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لو أَقَرَّ عليه بِالدَّيْنِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَصِحُّ كَذَا إذَا أَقَرَّ عليه بِالْجِنَايَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَدَمُ التَّقَادُمِ في الْإِقْرَارِ ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِهِ فَيَجُوزُ سَوَاءٌ تَقَادَمَ عَهْدُ السَّرِقَةِ أو لَا بِخِلَافِ الْبَيِّنَةِ وَالْفَرْقُ ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ الْحُدُودِ
وَاخْتُلِفَ في الْعَدَدِ في هذا الْإِقْرَارِ أَنَّهُ هل هو شَرْطٌ قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَيَظْهَرُ بِالْإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ شَرْطٌ فَلَا يُقْطَعُ ما لم يُقِرَّ مَرَّتَيْنِ في مَكَانَيْنِ وَالدَّلَائِلُ ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ الْحُدُودِ وَكَذَا اُخْتُلِفَ في دَعْوَى الْمَسْرُوقِ منه أنها هل هِيَ شَرْطُ كَوْنِ الْإِقْرَارِ مُظْهِرًا لِلسَّرِقَةِ كما هِيَ شَرْطُ كَوْنِ الْبَيِّنَةِ مُظْهِرَةً لها
قال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ شَرْطٌ حتى لو أَقَرَّ السَّارِقُ أَنَّهُ سَرَقَ مَالَ فُلَانٍ الْغَائِبِ لم يُقْطَعْ ما لم يَحْضُرْ الْمَسْرُوقُ منه وَيُخَاصِمُ عِنْدَهُمَا
وقال أبو يُوسُفَ الدَّعْوَى في الْإِقْرَارِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ وَيُقْطَعُ حَالَ غَيْبَةِ الْمَسْرُوقِ منه
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ إقْرَارَهُ بِالسَّرِقَةِ إقْرَارٌ على نَفْسِهِ وَالْإِنْسَانُ يُصَدَّقُ في الْإِقْرَارِ على نَفْسِهِ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ وَلِهَذَا لو أَقَرَّ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ وَهِيَ غَائِبَةٌ قبل إقْرَارِهِ وحد (((حد))) كَذَا هذا
وَلَهُمَا ما رُوِيَ أَنَّ سَمُرَةَ رضي اللَّهُ عنه قال لِلنَّبِيِّ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنِّي سَرَقْت لِآلِ فُلَانٍ فَأَنْفَذَ إلَيْهِمْ رسول اللَّهِ فَسَأَلَهُمْ فَقَالُوا إنَّا فَقَدْنَا بَعِيرًا لنا في لَيْلَةِ كَذَا فَقَطَعَهُ فَلَوْلَا أَنَّ الْمُطَالَبَةَ شَرْطُ ظُهُورِ السَّرِقَةِ بِالْإِقْرَارِ لم يَكُنْ لِيَسْأَلَهُمْ بَلْ كان يَقْطَعُ السَّارِقَ وَلِأَنَّ كُلَّ من في يَدِهِ شَيْءٌ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِلْكُهُ

فَأَمَّا إذَا أَقَرَّ بِهِ لِغَيْرِهِ لم يُحْكَمْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عنه حتى يُصَدِّقَهُ الْمُقَرُّ له وَالْغَائِبُ يَجُوزُ أَنْ يُصَدِّقَهُ فيه وَيَجُوزُ أَنْ يُكَذِّبَهُ فَبَقِيَ على حُكْمِ

مِلْكِ السَّارِقِ فَلَا يُقْطَعُ وَلِأَنَّ في ظُهُورِ السَّرِقَةِ بهذا الْإِقْرَارِ شُبْهَةَ الْعَدَمِ لِاحْتِمَالِ التَّكْذِيبِ من الْمَسْرُوقِ منه فإنه يُحْتَمَلُ أَنْ يَحْضُرَ فَيُكَذِّبُهُ في إقْرَارِهِ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ غَائِبَةٍ أَنَّهُ يُحَدُّ الْمُقِرُّ
وَإِنْ كان يُحْتَمَلُ أَنْ تَحْضُرَ الْمَرْأَةُ فَتَدَّعِي شُبْهَةً لِأَنَّ هُنَاكَ لو كانت حَاضِرَةً وَادَّعَتْ الشُّبْهَةَ يَسْقُطُ الْحَدُّ لِأَجْلِ الشُّبْهَةِ فَلَوْ سَقَطَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا لَسَقَطَ لِشُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَأَنَّهَا غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ في دَرْءِ الْحَدِّ وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ لِأَنَّ الْمَسْرُوقَ منه لو كان حَاضِرًا وَكَذَّبَ السَّارِقَ في إقْرَارِهِ بِالسَّرِقَةِ منه لم يُقْطَعْ لَا لِمَكَانِ الشُّبْهَةِ بَلْ لِانْعِدَامِ فِعْلِ السَّرِقَةِ فلم يَكُنْ السُّقُوطُ حَالَ الْغَيْبَةِ اعْتِبَارَ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
قال مُحَمَّدٌ لو قال سَرَقْت هذه الدَّرَاهِمَ وَلَا أَدْرِي لِمَنْ هِيَ أو قال سَرَقْتهَا وَلَا أُخْبِرُك من صَاحِبُهَا لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ جَهَالَةَ الْمَسْرُوقِ منه فَوْقَ غَيْبَتِهِ ثُمَّ الْغَيْبَةُ لَمَّا مَنَعَتْ الْقَطْعَ على أَصْلِهِ فَالْجَهَالَةُ أَوْلَى وَلِأَنَّ الْخُصُومَةَ لَمَّا كانت شَرْطًا فإذا كان الْمَسْرُوقُ منه مجهلا (((مجهولا))) لا تَتَحَقَّقُ الْخُصُومَةُ فَلَا يُقْطَعُ
وإذا عُرِفَ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطُ ظُهُورِ السَّرِقَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَطْعِ بِالْبَيِّنَةِ على الِاتِّفَاقِ وَبِالْإِقْرَارِ على الِاخْتِلَافِ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ من يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ وَمَنْ لَا يَمْلِكُهَا فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ من كان له يَدٌ صَحِيحَةٌ يَمْلِكُ

الْخُصُومَةَ وَمَنْ لَا فَلَا فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُخَاصِمَ السَّارِقَ إذَا سَرَقَ منه لَا شَكَّ فيه لِأَنَّ يَدَ الْمَالِكِ يَدٌ صَحِيحَةٌ
وَأَمَّا الْمُودِعُ وَالْمُسْتَعِيرُ وَالْمُضَارِبُ وَالْمُبْضِعُ وَالْغَاصِبُ وَالْقَابِضُ على سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالْمُرْتَهِنُ فَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في أَنَّ لهم أَنْ يُخَاصِمُوا السَّارِقَ وَتُعْتَبَرُ خُصُومَتُهُمْ في حَقِّ ثُبُوتِ وَلَايَةِ الِاسْتِرْدَادِ وَالْإِعَادَةِ إلَى أَيْدِيهِمْ وَأَمَّا في حُقُوقِ الْقَطْعِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وَيُقْطَعُ السَّارِقُ بِخُصُومَتِهِمْ وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تُعْتَبَرُ خُصُومَتُهُمْ في حَقِّ الْقَطْعِ وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ بِخُصُومَةِ هَؤُلَاءِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُعْتَبَرُ بِخُصُومَةِ غَيْرِ الْمَالِكِ أَصْلًا لَا في حَقِّ الْقَطْعِ وَلَا في حَقِّ وَلَايَةِ الِاسْتِرْدَادِ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ يَدَ هَؤُلَاءِ لَيْسَتْ بِيَدٍ صَحِيحَةٍ في الْأَصْلِ أَمَّا يَدُ الْمُرْتَهِنِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّهَا يَدُ حِفْظٍ لَا أَنَّهُ يَثْبُتُ له وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ لِضَرُورَةِ الْإِعَادَةِ إلَى يَدِ الْحِفْظِ لِيَتَمَكَّنَ من التَّسْلِيمِ من الْمَالِكِ وَكَذَلِكَ يَدُ الْغَاصِبِ وَالْقَابِضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالْمُرْتَهِنِ يَدُهُمْ يَدُ ضَمَانٍ لَا يَدُ خُصُومَةٍ وَإِنَّمَا ثبت (((يثبت))) لهم وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ لِإِمْكَانِ الرَّدِّ إلَى الْمَالِكِ فَكَانَ ثُبُوتُ وَلَايَةِ الْخُصُومَةِ لهم بِطَرِيقِ الضَّرُورَةِ وَالثَّابِتُ بِضَرُورَةٍ يَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ مَحِلِّ الضَّرُورَةِ لِانْعِدَامِ عِلَّةِ الثُّبُوتِ وَهِيَ الضَّرُورَةُ فَكَانَتْ الْخُصُومَةُ مُنْعَدِمَةً في حَقِّ الْقَطْعِ وَلَا قَطْعَ بِدُونِ الْخُصُومَةِ وَلِهَذَا لَا يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ السَّارِقِ كَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطُ صَيْرُورَةِ للبينة (((البينة))) حُجَّةً مُظْهِرَةً لِلسَّرِقَةِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْفِعْلَ لَا يَتَحَقَّقُ سَرِقَةً ما لم يُعْلَمْ أَنَّ الْمَسْرُوقَ مِلْكُ غَيْرِ السَّارِقِ وَإِنَّمَا يُعْلَمُ ذلك بِالْخُصُومَةِ فَكَانَتْ الْخُصُومَةُ شَرْطَ كَوْنِ الْبَيِّنَةِ مُظْهِرَةً لِلسَّرِقَةِ وَكَوْنُهَا مُظْهِرَةً لِلسَّرِقَةِ ثَبَتَ بِخُصُومَةِ هَؤُلَاءِ وإذا ظَهَرَتْ السَّرِقَةُ يُقْطَعُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } بِخِلَافِ السَّارِقِ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ لِمَا نَذْكُرُ على أَنَّ عَدَمَ الْقَطْعِ هُنَاكَ لِخَلَلٍ في مِلْكِ الْمَسْرُوقِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَهَهُنَا لَا خَلَلَ في الْعِصْمَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ هُنَاكَ لَا يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الْمَالِكِ وَهَهُنَا يُقْطَعُ وَلَوْ حَضَرَ الْمَالِكُ وَغَابَ الْمُرْتَهِنُ هل له أَنْ يُخَاصِمَ السَّارِقَ وَيَقْطَعَهُ ذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ له ذلك وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ ليس له ذلك
وَجْهُ رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ أَنَّ وَلَايَةَ الْخُصُومَةِ لِلْمَسْرُوقِ منه وَالْمَالِكُ ليس بِمَسْرُوقٍ منه لِأَنَّ السَّارِقَ لم يَسْرِقْ منه وَإِنَّمَا سَرَقَ من غَيْرِهِ فلم يَكُنْ له وَلَايَةُ الْخُصُومَةِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ أَنَّ الْخُصُومَةَ في بَابِ السَّرِقَةِ إنَّمَا شُرِطَتْ لِيُعْلَمَ أَنَّ الْمَسْرُوقَ مِلْكُ غَيْرِ السَّارِقِ وَهَذَا يَحْصُلُ بِخُصُومَةِ المال (((المالك))) فَتَصِحُّ خُصُومَتُهُ كما تَصِحُّ خُصُومَةُ الْمُرْتَهِنِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ يَدَ الْمُرْتَهِنِ يَدُ نِيَابَةٍ فلما صَحَّتْ الْخُصُومَةُ بِيَدِ النِّيَابَةِ فَيَدُ الْأَصَالَةِ أَوْلَى وَلَوْ حَضَرَ الْمَغْصُوبُ منه وَغَابَ الْغَاصِبُ ذَكَرَ في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّ له أَنْ يُخَاصِمَ وَيُطَالِبَ بِالْقَطْعِ ولم يذكر ابن سِمَاعَةَ في الْغَصْبِ خِلَافًا وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْخِلَافُ فِيهِمَا وَاحِدًا وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يُخَاصِمَ السَّارِقَ فَيَقْطَعَهُ لِأَنَّهُ ليس له حَقُّ الْقَبْضِ قبل قَضَاءِ الدَّيْنِ فَلَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ حتى لو قَضَى الدَّيْنَ له أَنْ يُخَاصِمَ لِأَنَّهُ ثَبَتَ وَلَايَةُ الْقَبْضِ بِالْفِكَاكِ
قال الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَلَى قِيَاسِ رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ لَا يَثْبُتُ لِلرَّاهِنِ وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ مع غَيْبَةِ الْمُرْتَهِنِ كما في الْمُودِعِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ يَدَ الْمُرْتَهِنِ أَقْوَى من يَدِ الْمُودِعِ لِأَنَّ يَدَ الْمُرْتَهِنِ لِنَفْسِهِ وَيَدَ الْمُودِعِ لِغَيْرِهِ
وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ

في يَدِ السَّارِقِ كان لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ وَلَا سَبِيلَ لِلرَّاهِنِ عليه لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ كان له وَلَايَةُ الْقَطْعِ قبل الْهَلَاكِ وَهَلَاكُ الْمَحِلِّ لَا يُسْقِطُ الْقَطْعَ فَيُثْبِتَ الْوَلَايَةَ فَأَمَّا الرَّاهِنُ فلم يَبْقَ له حَقٌّ في الْمَرْهُونِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ سَقَطَ عنه الدَّيْنُ بِهَلَاكِهِ فَلَا تَثْبُتُ له وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ

وَأَمَّا السَّارِقُ فَلَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِيَدِ مِلْكٍ وَلَا يَدِ ضَمَانٍ وَلَا يَدِ أَمَانَةٍ فَصَارَ الْأَخْذُ من يَدِهِ كَالْأَخْذِ من الطَّرِيقِ فلم يَكُنْ له أَنْ يُخَاصِمَ الثَّانِيَ بِالْقَطْعِ وَلَا لِلْمَالِكِ أَيْضًا وَلَايَةُ الْمُخَاصَمَةِ لِأَنَّ أَخْذَ الْمَالِ من الْيَدِ الصَّحِيحَةِ شَرْطُ وُجُوبِ الْقَطْعِ ولم يُوجَدْ فَلَا يَجِبُ الْقَطْعُ فَلَا تَثْبُتُ له وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ وَهَلْ لِلسَّارِقِ الْأَوَّلِ أَنْ يُطَالِبَ الثَّانِيَ بِرَدِّ الْمَسْرُوقِ إلَى يَدِهِ قالوا فيه رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ له ذلك وفي رِوَايَةٍ ليس له ذلك

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى على نَحْوِ ما بَيَّنَّا أَنَّ الْمَسْرُوقَ منه لم تَكُنْ له يَدٌ صَحِيحَةٌ فَصَارَ الْأَخْذُ منه كَالْأَخْذِ من الطَّرِيقِ سَوَاءٌ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ يَخْتَارَ الْمَالِكُ الضَّمَانَ وَيَتْرُكَ الْقَطْعَ فَيَحْتَاجُ إلَى أَنْ يَسْتَرِدَّهُ من يَدِهِ فَيَدْفَعُ إلَيْهِ فَيَتَخَلَّصُ عن الضَّمَانِ كمافي الْغَصْبِ وَنَحْوِهِ على ما مَرَّ وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ ما لم يُقْطَعْ فَلَهُ ذلك

وَأَمَّا بَعْدَ الْقَطْعِ فَلَيْسَ له ذلك لِأَنَّ قبل الْقَطْعِ يُحْتَمَلُ اخْتِيَارُ الضَّمَانِ وَبَعْدَهُ لَا قال وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ له ذلك بَعْدَ الْقَطْعِ أَيْضًا لِأَنَّ الضَّمَانَ إنْ لم يَجِبْ عليه في الْقَضَاءِ فَهُوَ وَاجِبٌ عليه فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى فَيَحْتَاجُ إلَى الِاسْتِرْدَادِ لِيَتَخَلَّصَ عن الضَّمَانِ الْوَاجِبِ عليه فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَلَا تَظْهَرُ السَّرِقَةُ الْمُوجِبَةُ لِلْقَطْعِ بِعِلْمِ الْقَاضِي سَوَاءٌ اسْتَفَادَهُ قبل زَمَانِ الْقَضَاءِ أو في زَمَانِ الْقَضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي

وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ السَّرِقَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لِلسَّرِقَةِ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا يَتَعَلَّقُ بِالنَّفْسِ وَالْآخَرُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ

أَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِالنَّفْسِ فَالْقَطْعُ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } وَلِمَا رَوَيْنَا من الْأَخْبَارِ وَعَلَيْهِ إجْمَاعُ الْأُمَّةِ فَالْكَلَامُ في هذا الْحُكْمِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ صِفَاتِ هذا الْحُكْمِ

وفي بَيَانِ مَحِلِّ إقَامَتِهِ

وفي بَيَانِ من يُقِيمُهُ

وفي بَيَانِ ما يَسْقُطُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ

وفي بَيَانِ حُكْمِ السُّقُوطِ بَعْدَ الثُّبُوتِ أو عَدَمِ الثُّبُوتِ أَصْلًا لِمَانِعٍ من الشُّبْهَةِ

أَمَّا صِفَاتُ هذا الْحُكْمِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَبْقَى وُجُوبُ ضَمَانِ الْمَسْرُوقِ عِنْدَنَا فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ وَالْقَطْعُ في سَرِقَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الضَّمَانَ وَالْقَطْعَ هل يَجْتَمِعَانِ في سَرِقَةٍ وَاحِدَةٍ عِنْدَنَا لَا يَجْتَمِعَانِ حتى لو هَلَكَ الْمَسْرُوقُ في يَدِ السَّارِقِ بَعْدَ الْقَطْعِ أو قَبْلَهُ لَا ضَمَانَ عليه وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيُقْطَعُ وَيَضْمَنُ ما اسْتَهْلَكَهُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ وُجِدَ من السَّارِقِ سَبَبُ وُجُوبِ الْقَطْعِ وَالضَّمَانِ فَيَجِبَانِ جميعا وَإِنَّمَا قُلْنَا ذلك لِأَنَّهُ وُجِدَ منه السَّرِقَةُ وأنها سَبَبٌ لِوُجُوبِ الْقَطْعِ وَالضَّمَانِ لِأَنَّهَا جِنَايَةُ حَقَّيْنِ حَقُّ اللَّهِ عز وجل وَحَقُّ الْمَسْرُوقِ منه

أَمَّا الْجِنَايَةُ على حَقِّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فَهَتْكُ حُرْمَةِ حِفْظِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى إذْ الْمَالُ حَالَ غَيْبَةِ الْمَالِكِ مَحْفُوظٌ بِحِفْظِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى
وَأَمَّا الْجِنَايَةُ على حَقِّ الْعَبْدِ فإتلاف (((فبإتلاف))) مَالِهِ فَكَانَتْ الْجِنَايَةُ على حَقَّيْنِ فَكَانَتْ مَضْمُونَةً بِضَمَانَيْنِ فَيَجِبُ ضَمَانُ الْقَطْعِ من حَيْثُ إنَّهَا جِنَايَةٌ على حَقِّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَضَمَانُ الْمَالِ من حَيْثُ إنَّهَا جِنَايَةٌ على حَقِّ الْعَبْدِ كَمَنْ شَرِبَ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَنَّهُ يَجِبُ عليه الْحَدُّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى وَالضَّمَانُ حَقًّا لِلْعَبِيدِ
وَكَذَا قَتْلُ الْخَطَأِ يُوجِبُ الْكَفَّارَةَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى وَالدِّيَةَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَذَا هذا
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ الْمَسْرُوقَ لو كان قَائِمًا يَجِبُ رَدُّهُ على الْمَالِكِ فَدَلَّ أَنَّهُ بَقِيَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ
وَلَنَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْمَعْقُولُ أَمَّا الْكِتَابُ الْعَزِيزُ فَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا } وَالِاسْتِدْلَالُ بِالْآيَةِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى سَمَّى الْقَطْعَ جَزَاءً وَالْجَزَاءُ يُبْنَى على الْكِفَايَةِ فَلَوْ ضَمَّ إلَيْهِ الضَّمَانُ لم يَكُنْ الْقَطْعُ كَافِيًا فلم يَكُنْ جَزَاءً تَعَالَى اللَّهُ سُبْحَانَهُ عز شَأْنُهُ عن الْخُلْفِ في الْخَبَرِ
وَالثَّانِي أَنَّهُ جَعَلَ الْقَطْعَ كُلَّ الْجَزَاءِ لِأَنَّهُ عز شَأْنُهُ ذَكَرَهُ ولم يذكر غَيْرَهُ فَلَوْ أَوْجَبْنَا الضَّمَانَ لَصَارَ الْقَطْعُ بَعْضَ الْجَزَاءِ فَيَكُونُ نَسْخًا لِنَصِّ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ
وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عبد الرحمن بن عَوْفٍ رضي اللَّهُ عنه عن رسول اللَّهِ قال إذَا قُطِعَ السَّارِقُ فَلَا غُرْمَ عليه وَالْغُرْمُ في اللُّغَةِ ما يَلْزَمُ أَدَاؤُهُ
وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَمِنْ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا بِنَاءٌ وَالْآخَرُ ابْتِدَاءٌ أَمَّا وَجْهُ الْبِنَاءِ فَهُوَ أَنَّ الْمَضْمُونَاتِ عِنْدَنَا تُمْلَكُ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ أو اخْتِيَارِهِ من وَقْتِ الْأَخْذِ فَلَوْ ضَمَّنَّا السَّارِقَ

قِيمَةَ الْمَسْرُوقِ أو مثله لَمَلَكَ الْمَسْرُوقَ من وَقْتِ الْأَخْذِ فَتَبَيَّنَّ أَنَّهُ قُطِعَ في مِلْكِ نَفْسِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ
وَأَمَّا وَجْهُ الِابْتِدَاءِ فما قَالَهُ بَعْضُ مَشَايِخِنَا وهو أَنَّ الضَّمَانَ إنَّمَا يَجِبُ بِأَخْذِ مَالٍ مَعْصُوم ثَبَتَتْ عِصْمَتُهُ حَقًّا لِلْمَالِكِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمَضْمُونُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لِيَكُونَ اعْتِدَاءً بِالْمِثْلِ في ضَمَانِ الْعُدْوَانَات وَالْمَضْمُونُ حَالَةَ السَّرِقَةِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ بِدَلَالَةِ وُجُوبِ الْقَطْعِ وَلَوْ بَقِيَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ لَمَا وَجَبَ إذْ الثَّابِتُ حَقًّا للعبد يثبت لِلْعَبْدِ يَثْبُتُ لِدَفْعِ حَاجَتِهِ وَحَاجَةُ السَّارِقِ كَحَاجَةِ الْمَسْرُوقِ منه فَتَتَمَكَّنُ فيه شُبْهَةُ الْإِبَاحَةِ وَإِنَّهَا تَمْنَعُ وُجُوبَ الْقَطْعِ وَالْقَطْعُ وَاجِبٌ فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ ضَرُورَةً إلَّا أَنَّهُ وَجَبَ رَدُّ الْمَسْرُوقِ حَالَ قِيَامِهِ لِأَنَّ وُجُوبَ الرَّدِّ يَقِفُ على الْمِلْكِ على الْعِصْمَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّ من غَصَبَ خَمْرَ الْمُسْلِمِ يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ لِقِيَام مِلْكِهِ فيها وَلَوْ هَلَكَتْ في يَدِ الْغَاصِبِ لَا ضَمَانَ عليه لِعَدَمِ الْعِصْمَةِ فلم يَكُنْ من ضَرُورَةِ سُقُوطِ الْعِصْمَةِ الثَّابِتَةِ حَقًّا لِلْعَبْدِ زَوَالُ مِلْكِهِ عن الْمَحِلِّ وَهَهُنَا الْمِلْكُ قَائِمٌ فَيُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إلَيْهِ وَالْعِصْمَةُ زَائِلَةٌ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِالْهَلَاكِ

وَيُخَرَّجُ على هذا الْأَصْلِ مَسَائِلُ إذَا اسْتَهْلَكَ السَّارِقُ والمسروق (((المسروق))) بَعْدَ الْقَطْعِ لَا يَضْمَنُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَضْمَنُ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَسْرُوقَ بَعْدَ الْقَطْعِ بَقِيَ على مِلْكِ الْمَسْرُوقِ منه أَلَا تعرى أَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ على الْمَالِكِ وَقَبْضُ السَّارِقِ ليس بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ فَكَانَ الْمَسْرُوقُ في يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْأَمَانَةِ فإذا اسْتَهْلَكَهَا ضَمِنَ

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ عِصْمَةَ الْمَحِلِّ الثاتبة (((الثابتة))) حَقًّا لِلْمَالِكِ قد سَقَطَتْ في حَقِّ السَّارِقِ لِضَرُورَةِ إمْكَانِ إيجَابِ الْقَطْعِ فَلَا يَعُودُ إلَّا بِالرَّدِّ إلَى الْمَالِكِ فلم يَكُنْ مَعْصُومًا قَبْلَهُ فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا

وَلَوْ اُسْتُهْلِكَ رَجُلٌ آخَرُ يَضْمَنُهُ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ إنَّمَا سَقَطَتْ في حَقِّ السَّارِقِ لَا في حَقِّ غَيْرِهِ فَيَضْمَنُ وَلَوْ سَقَطَ الْقَطْعُ لِشُبْهَةٍ ضَمِنَ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الضَّمَانِ هو الْقَطْعُ وقد زَالَ الْمَانِعُ

وَلَوْ بَاعَ السَّارِقُ الْمَسْرُوقَ من إنْسَانٍ أو ملكت (((ملكه))) منه بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ فَإِنْ كان قَائِمًا فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ لِأَنَّهُ عَيْنُ مِلْكِهِ وَلِلْمَأْخُوذِ منه أَنْ يَرْجِعَ على السَّارِقِ بِالثَّمَنِ الذي دَفَعَهُ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالثَّمَنِ لَا يُوجِبُ ضَمَانًا على السَّارِقِ في عَيْنِ الْمَسْرُوقِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عليه بِثَمَنِ الْمَسْرُوقِ لَا بِقِيمَتِهِ لِيُوجِبَ ذلك مِلْكَ الْمَسْرُوقِ لِلسَّارِقِ

وَإِنْ كان هَلَكَ في يَدِهِ فَلَا ضَمَانَ على السَّارِقِ وَلَا على الْقَابِضِ هَكَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ

أَمَّا السَّارِقُ فَلِأَنَّ الْقَطْعَ يَنْفِي الضَّمَانَ

وَأَمَّا الْمُشْتَرِي فَلِأَنَّهُ لو ضَمِنَهُ الْمَالِكُ لَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ بِالضَّمَانِ على السَّارِقِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ الْمَالِكَ ضَمِنَ السَّارِقَ وَقَطْعُهُ يَنْفِي الضَّمَانَ عنه

وَإِنْ كان اسْتَهْلَكَهُ الْقَابِضُ كان لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَهُ الْقِيمَةَ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَهَلَكَ في يَدِهِ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ على السَّارِقِ بِالثَّمَنِ لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالثَّمَنِ ليس بِتَضْمِينٍ

وَلَوْ اغْتَصَبَهُ إنْسَانٌ من السَّارِقِ فَهَلَكَ في يَدِهِ بَعْدَ الْقَطْعِ فَلَا ضَمَانَ لِلسَّارِقِ وَلَا لِلْمَسْرُوقِ منه

أَمَّا السَّارِقُ فَلِأَنَّهُ ليس بِمَالِكٍ وَأَمَّا الْمَالِكُ فَلِأَنَّ الْعِصْمَةَ الثَّابِتَةَ له حَقًّا قد بَطَلَتْ

قال الْقُدُورِيُّ وكان لِلْمَوْلَى أَنْ يُضَمِّنَهُ الْغَاصِبَ لِأَنَّهُ لو ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على السَّارِقِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا سَرَقَ ثَوْبًا فَخَرَقَهُ في الدَّارِ خَرْقًا فَاحِشًا ثُمَّ أَخْرَجَهُ وهو يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ الْخَرْقَ الْفَاحِشَ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ وَأَنَّهُ يُوجِبُ مِلْكَ الْمَضْمُونِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ الْقَطْعَ وَإِنْ خَرَقَهُ عَرْضًا فَقَدْ مَرَّ الِاخْتِلَافُ فيه

وَمِنْهَا أَنْ يَجْرِيَ فيه التَّدَاخُلُ حتى إنَّهُ لو سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَرَفَعَ فيها كُلِّهَا فَقُطِعَ أو رَفَعَ في بَعْضِهَا فَقُطِعَ فِيمَا رَفَعَ فَالْقَطْعُ لِلسَّرِقَاتِ كُلِّهَا وَلَا يُقْطَعُ في شَيْءٍ منها بَعْدَ ذلك لِأَنَّ أَسْبَابَ الْحُدُودِ إذَا اجْتَمَعَتْ وإنها من جِنْسٍ وَاحِدٍ يكتفي فيها بِحَدٍّ وَاحِدٍ كما في الزِّنَا وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من إقَامَةِ الْحَدِّ هو الزَّجْرُ وَالرَّدْعُ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِإِقَامَةِ الْحَدِّ الْوَاحِدِ فَكَانَ في إقَامَةِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ شُبْهَةُ عَدَمِ الْفَائِدَةِ فَلَا يُقَامُ

وَلِهَذَا يُكْتَفَى في بَابِ الزِّنَا بِالْإِقَامَةِ لِأَوَّلِ حَدٍّ

كَذَا هذا

وَلِأَنَّ مَحِلَّ الْإِقَامَةِ قد فَاتَ إذْ مَحِلُّهَا الْيَدُ الْيُمْنَى

لِأَنَّ كُلَّ سَرِقَةٍ وُجِدَتْ ما أَوْجَبَتْ إلَّا قَطْعَ الْيَدِ الْيُمْنَى فإذا قُطِعَتْ في وَاحِدَةٍ منها فَقَدْ فَاتَ مَحِلُّ الْإِقَامَةِ وَصَارَ كما لو ذَهَبَتْ الْيَدُ الْيُمْنَى بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ
وَأَمَّا حُكْمُ الضَّمَانِ فَلَا خِلَافَ بين أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ في أَنَّهُ إذَا حَضَرَ أَصْحَابُ السَّرِقَاتِ وَخَاصَمُوا فيها فَقُطِعَ بِمُخَاصَمَتِهِمْ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ على السَّارِقِ في السَّرِقَاتِ كُلِّهَا لِأَنَّ مُخَاصَمَةَ الْمَسْرُوقِ منه بِالْقَطْعِ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ عن الضَّمَانِ عِنْدَنَا فإذا خَاصَمُوا جميعا فَكَأَنَّهُمْ أبرؤوا (((أبرءوا)))
وَأَمَّا إذَا خَاصَمَ وَاحِدٌ في سَرِقَةٍ فَقُطِعَ فَلَا ضَمَانَ على السَّارِقِ فِيمَا خُوصِمَ بِإِجْمَاعٍ بين أَصْحَابِنَا

رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَأَمَّا فِيمَا لم يُخَاصَمْ فيه فَقَدْ اخْتَلَفُوا قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا ضَمَانَ عليه في شَيْءٍ من السَّرِقَاتِ خَاصَمُوا أو لم يُخَاصِمُوا
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَضْمَنُ في السَّرِقَاتِ كُلِّهَا إلَّا فِيمَا خُوصِمَ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَسْرُوقَ منه مُخَيَّرٌ بين أَنْ يَدَّعِيَ الْمَالَ يستوفي (((ليستوفي))) حَقَّهُ وهو الضَّمَانُ وَبَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ السَّرِقَةَ لِيَسْتَوْفِيَ حَقَّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وهو الْقَطْعُ وَلَا ضَمَانَ له فَكَانَ سُقُوطُ الضَّمَانِ مَبْنِيًّا على دَعْوَى السَّرِقَةِ وَالْخُصُومَةِ فيها فَمَنْ خَاصَمَ منهم فَقَدْ وُجِدَ منه ما يُوجِبُ سُقُوطَ الضَّمَانِ وَمَنْ لم يُخَاصِمْ لم يُوجَدْ منه الْمُسْقِطُ فَيَبْقَى حَقُّهُ في الضَّمَانِ كما كان
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ النَّافِيَ لِلضَّمَانِ هو الْقَطْعُ وَالْقَطْعُ وَقَعَ لِلسَّرِقَاتِ كُلِّهَا فَيَنْفِي الضَّمَانَ في السَّرِقَاتِ كُلِّهَا
هذا إذَا كان الْمَسْرُوقُ هَالِكًا أَمَّا إذَا كان قَائِمًا رُدَّ كُلُّ مَسْرُوقٍ إلَى صَاحِبِهِ لِأَنَّ الْقَطْعَ يَنْفِي الضَّمَانَ لَا الرَّدَّ
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْعَفْوَ حتى لو أَمَرَ الْإِمَامُ بِقَطْعِ السَّارِقِ فَعَفَا عنه الْمَسْرُوقُ منه كان عَفْوُهُ بَاطِلًا لِأَنَّ صِحَّةَ الْعَفْوِ يَعْتَمِدُ كَوْنَ الْمَعْفُوِّ عنه حَقًّا لِلْعَافِي وَالْقَطْعُ خَالِصُ حَقِّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَا حَقَّ لِلْعَبْدِ فيه فَلَا يَصِحُّ عَفْوُهُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا مَحِلُّ إقَامَةِ هذا الْحُكْمِ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ أَصْلِ الْمَحِلِّ وَمُرَاعَاةِ التَّرْتِيبِ فيه
وَالثَّانِي في بَيَانِ مَوْضِعِ إقَامَةِ الْحُكْمِ منه
أَمَّا الْأَوَّلُ فَأَصْلُ الْمَحِلِّ عِنْدَ أَصْحَابِنَا طَرَفَانِ فَقَطْ وَهُمَا الْيَدُ الْيُمْنَى وَالرِّجْلُ الْيُسْرَى فنقطع (((فتقطع))) الْيَدُ الْيُمْنَى في السَّرِقَةِ الْأُولَى وَتُقْطَعُ الرِّجْلُ الْيُسْرَى في السَّرِقَةِ الثَّانِيَةِ وَلَا يُقْطَعُ بَعْدَ ذلك أَصْلًا وَلَكِنَّهُ يَضْمَنُ السَّرِقَةَ وَيُعَزَّرُ وَيُحْبَسُ حتى يُحْدِثَ تَوْبَةً عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأَطْرَافُ الْأَرْبَعَةُ مَحِلُّ الْقَطْعِ على التَّرْتِيبِ فَتُقْطَعُ الْيَدُ الْيُمْنَى في الْمَرَّةِ الْأُولَى وَتَقْطَعُ الرِّجْلُ الْيُسْرَى في الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ وَتُقْطَعُ الْيَدُ الْيُسْرَى في الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ وَتُقْطَعُ الرِّجْلُ الْيُمْنَى في السَّرِقَةِ الرَّابِعَةِ
احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا

} وَالْأَيْدِي اسْمُ جَمْعٍ وَالِاثْنَانِ فما فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ على لِسَانِ رسول اللَّهِ
وقال اللَّهُ تَعَالَى { إنْ تَتُوبَا إلَى اللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا } وَأَنَّهُ لم يَكُنْ لِكُلِّ
وَاحِدٍ إلَّا قَلْبٌ وَاحِدٌ إلَّا أَنَّ التَّرْتِيبَ في قَطْعِ الْأَيْدِي ثَبَتَ بِدَلِيلٍ آخَرَ وَهَذَا لَا
يُخْرِجُ الْيَدَ الْيُسْرَى من أَنْ تَكُونَ مَحِلًّا لِلْقَطْعِ في الْجُمْلَةِ
وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا أَبَا بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه قَطَعَ سَارِقَ حُلِيِّ أَسْمَاءَ وكان أَقْطَعَ
الْيَدِ وَالرِّجْلِ
وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه أُتِيَ بِسَارِقٍ فَقَطَعَ يَدَهُ ثُمَّ أُتِيَ بِهِ
الثَّانِيَةَ وقد سَرَقَ فَقَطَعَ رِجْلَهُ ثُمَّ أُتِيَ بِهِ الثَّالِثَةَ وقد سَرَقَ فقال لَا أَقْطَعُهُ إنْ
قَطَعْت يَدَهُ فَبِأَيِّ شَيْءٍ يَأْكُلُ بِأَيِّ شَيْءٍ يَتَمَسَّحُ وَإِنْ قَطَعْت رِجْلَهُ بِأَيِّ شَيْءٍ
يَمْشِي إنِّي لَأَسْتَحْيِي من اللَّهِ فَضَرَبَهُ بِخَشَبَةٍ وَحَبَسَهُ
وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أُتِيَ بِسَارِقٍ أَقْطَعَ الْيَدِ وَالرِّجْلِ قد سَرَقَ
نِعَالًا يُقَالُ له سَدُومُ وَأَرَادَ أَنْ يَقْطَعَهُ فقال له سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه إنَّمَا
عليه قَطْعُ يَدٍ وَرِجْلٍ
فَحَبَسَهُ سَيِّدُنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه ولم يَقْطَعْهُ
وَسَيِّدُنَا عُمَرُ وَسَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنهما لم يَزِيدَا في الْقَطْعِ على قَطْعِ الْيَدِ
الْيُمْنَى وَالرِّجْلِ الْيُسْرَى وكان ذلك بِمَحْضَرٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ولم
يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عَلَيْهِمَا مُنْكِرٌ فَيَكُونَ إجْمَاعًا من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَلَنَا أَيْضًا دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ وَالْمَعْقُولِ
أَمَّا دَلَالَةُ الْإِجْمَاعِ فَهِيَ أَنَّا أَجْمَعْنَا على أَنَّ الْيَدَ الْيُمْنَى إذَا كانت مَقْطُوعَةً لَا
يُعْدَلُ إلَى الْيَدِ الْيُسْرَى بَلْ إلَى الرِّجْلِ الْيُسْرَى وَلَوْ كان لِلْيَدِ الْيُسْرَى مَدْخَلًا
في الْقَطْعِ لَكَانَ لَا يُعْدَلُ إلَّا إلَيْهَا لِأَنَّهَا مَنْصُوصٌ عليها وَلَا يُعْدَلُ عن الْمَنْصُوصِ
عليه إلَى غَيْرِهِ فَدَلَّ الْعُدُولُ إلَى الرِّجْلِ الْيُسْرَى لَا إلَيْهَا على أَنَّهُ لَا مَدْخَلَ لها
في الْقَطْعِ بِالسَّرِقَةِ أَصْلًا
وَهَذَا النَّوْعُ من الِاسْتِدْلَالِ ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ أَنَّ في قَطْعِ الْيَدِ الْيُسْرَى تَفْوِيتَ جِنْسِ مَنْفَعَةٍ من مَنَافِعِ
النَّفْسِ أَصْلًا وَهِيَ مَنْفَعَةُ الْبَطْشِ لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِقَطْعِ الْيَدِ الْيُسْرَى بَعْدَ قَطْعِ
الْيُمْنَى فَتَصِيرُ النَّفْسُ في حَقِّ هذه الْمَنْفَعَةِ هَالِكَةً فَكَانَ قَطْعُ الْيَدِ الْيُسْرَى
إهْلَاكَ النَّفْسِ من وَجْهٍ وَكَذَا قَطْعُ الرِّجْلِ الْيُمْنَى بَعْدَ قَطْعِ الرِّجْلِ الْيُسْرَى
تَفْوِيتُ مَنْفَعَةِ الْمَشْيِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْمَشْيِ تَفُوتُ بِالْكُلِّيَّةِ فَكَانَ قَطْعُ الرِّجْلِ
الْيُمْنَى إهْلَاكَ النَّفْسِ من كل وَجْهٍ وَإِهْلَاكُ النَّفْسِ من كل وَجْهٍ لَا يَصْلُحُ حَدًّا
في السَّرِقَةِ
كَذَا إهْلَاكُ النَّفْسِ من وَجْهٍ
لِأَنَّ الثَّابِتَ من وَجْهٍ مُلْحَقٌ بِالثَّابِتِ من كل وَجْهٍ في الْحُدُودِ احْتِيَاطًا وَلَا حُجَّةَ
له في الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ لِأَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه قَرَأَ < فَاقْطَعُوا أيدي
(((أيمانهما))) لهما > وَلَا يُظَنُّ بمثله أَنْ يَقْرَأَ ذلك من تِلْقَاءِ نَفْسِهِ بَلْ
سَمَاعًا من رسول اللَّهِ فَخَرَجَتْ قِرَاءَتُهُ مَخْرَجَ التَّفْسِيرِ لِمُبْهَمِ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ
وَهَكَذَا رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما في قَوْلِهِ عز وجل
{ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } أَنَّهُ قال

أَيْمَانَهُمَا
وَهَكَذَا رُوِيَ عن الْحَسَنِ وَإِبْرَاهِيمَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَأَمَّا حَدِيثُ لَا قَطْعَ فَقَدْ رَوَى الزُّهْرِيُّ في الْمُوَطَّأِ عن سَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها أنها قالت لَمَّا كان الذي سَرَقَ حُلِيَّ أَسْمَاءَ أَقْطَعَ الْيَدِ الْيُمْنَى فَقَطَعَ سَيِّدُنَا أبو بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه رِجْلَهُ الْيُسْرَى وَكَانَتْ تُنْكِرُ أَنْ يَكُونَ أَقْطَعَ الْيَدِ وَالرِّجْلِ ثُمَّ إنَّمَا تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُمْنَى في الْكَرَّةِ الْأُولَى إذَا كانت الْيَدُ الْيُسْرَى صَحِيحَةً يُمْكِنُهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بها بَعْدَ قَطْعِ الْيَدِ الْيُمْنَى وَالرِّجْلُ الْيُمْنَى صَحِيحَةٌ يُمْكِنُهُ الِانْتِفَاعُ بها بَعْدَ قَطْعِ الرِّجْلِ الْيُسْرَى فَإِنْ كانت الْيَدُ الْيُسْرَى مَقْطُوعَةً أو شَلَّاءَ أو مَقْطُوعَةَ الْإِبْهَامِ أو أُصْبُعَيْنِ سِوَى الْإِبْهَامِ لَا تُقْطَعُ الْيَدُ الْيُمْنَى لِأَنَّ الْقَطْعَ في السَّرِقَةِ شُرِعَ زَاجِرًا لَا مُهْلِكًا فإذا لم تَكُنْ الْيَدُ الْيُسْرَى يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بها فَقَطْعُ الْيَدِ الْيُمْنَى يَقَعُ تَفْوِيتًا لِجِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَهِيَ مَنْفَعَةُ الْبَطْشِ أَصْلًا فَيَقَعُ إهْلَاكًا لِلنَّفْسِ من وَجْهٍ فَلَا تُقْطَعُ وَلَا يَقْطَعُ رِجْلَهُ الْيُسْرَى أَيْضًا لِأَنَّهُ يَذْهَبُ أَحَدُ الشِّقَّيْنِ على الْكَمَالِ فَيُهْلِكُ النَّفْسَ من وَجْهٍ
وَلَوْ كانت الْيَدُ الْيُسْرَى مَقْطُوعَةَ أُصْبُعٍ وَاحِدَةٍ سِوَى الْإِبْهَامِ تُقْطَعَ يَدُهُ الْيُمْنَى لِأَنَّ الْقَطْعَ لَا يَتَضَمَّنُ فَوَاتَ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ
وَكَذَا إنْ كانت الرِّجْلُ الْيُمْنَى مَقْطُوعَةً أو شَلَّاءَ أو بها عَرَجٌ يَمْنَعُ الْمَشْيَ عليها لَا تُقْطَعُ الْيَدُ الْيُمْنَى لِمَا فيه من فَوَاتِ الشِّقِّ وَلَا رِجْلُهُ الْيُسْرَى وَإِنْ كانت صَحِيحَةً لِأَنَّهُ يَبْقَى بِلَا رِجْلَيْنِ فَيَفُوتُ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ
وَلَوْ كانت رِجْلُهُ الْيُمْنَى مَقْطُوعَةَ الْأَصَابِعِ كُلِّهَا فَإِنْ كان يَسْتَطِيعُ الْقِيَامَ وَالْمَشْيَ عليها تُقْطَعَ يَدُهُ الْيُمْنَى لِأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَفُوتُ
وَإِنْ كان لَا يَسْتَطِيعُ لَا يُقْطَعُ لِفَوَاتِ الشِّقِّ
وَلَوْ كانت يَدَاهُ صَحِيحَتَيْنِ وَلَكِنَّ رِجْلَهُ الْيُسْرَى مَقْطُوعَةٌ أو شَلَّاءُ أو مَقْطُوعَةُ الْإِبْهَامِ أو الْأَصَابِعِ تُقْطَعُ يَدُهُ الْيُمْنَى لِأَنَّ جِنْسَ الْمَنْفَعَةِ لَا يَفُوتُ وَلَا فيه فَوَاتُ الشِّقِّ أَيْضًا
وَلَوْ سَرَقَ وَيُمْنَاهُ شَلَّاءُ أو مَقْطُوعَةُ الْإِبْهَامِ أو الْأَصَابِعِ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } أَيْ أَيْمَانَهُمَا من غَيْرِ فَصْلٍ بين يَمِينٍ وَيَمِينٍ وَلِأَنَّهَا لو كانت سَلِيمَةً تُقْطَعُ فَالنَّاقِصَةُ الْمَعِيبَةُ أَوْلَى بِالْقَطْعِ ثُمَّ فَرَّقَ بين الْقَطْعِ في السَّرِقَةِ وَبَيْنَ الْإِعْتَاقِ في الْكَفَّارَةِ حَيْثُ جَعَلَ فَوَاتَ أصبعين سِوَى الْإِبْهَامِ من الْيَدِ الْيُسْرَى نُقْصَانًا مَانِعًا من قَطْعِ الْيَدِ الْيُمْنَى ولم يُجْعَلْ فَوَاتُ أصبعين نُقْصَانًا مَانِعًا من جَوَازِ الْإِعْتَاقِ ما لم يَكُنْ ثَلَاثًا
وَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْقَطْعَ حَدٌّ فَهَذَا الْقَدْرُ من النُّقْصَانِ يُورِثُ شُبْهَةً بِخِلَافِ الْعِتْقِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ قال الْحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَدَ السَّارِقِ فَقَطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى فَهَذَا على وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ قال اقْطَعْ يَدَهُ مُطْلَقًا وَإِمَّا أَنْ قَيَّدَهُ فقال اقْطَعْ يَدَهُ الْيُمْنَى فَإِنْ أَطْلَقَ فقال له اقْطَعْ يَدَهُ فَقَطَعَ الْيُسْرَى لَا ضَمَانَ عليه لِلْحَالِ لِأَنَّهُ فَعَلَ ما أُمِرَ بِهِ حَيْثُ أَمَرَهُ بِقَطْعِ الْيَدِ وقد قَطَعَ الْيَدَ وَإِنْ قَيَّدَ فقال اقْطَعْ يَدَهُ الْيُمْنَى فَقَطَعَ الْيُسْرَى فَإِنْ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَدَهُ وقال هذا هو يَمِينِي فَلَا ضَمَانَ عليه أَيْضًا لِأَنَّهُ قَطَعَ بِأَمْرِهِ فَلَا يَضْمَنُ كَمَنْ قال لِآخَرَ اقْطَعْ يَدِي فَقَطَعَهُ لَا ضَمَانَ عليه كَذَا هذا وَإِنْ لم يُخْرِجْ السَّارِقُ يَدَهُ ولم يَقُلْ ذلك وَلَكِنَّهُ قَطَعَ الْيُسْرَى خَطَأً لَا ضَمَانَ عليه عِنْدَ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَعِنْدَ زُفَرَ رضي اللَّهُ عنه يَضْمَنُ لِأَنَّ الْخَطَأَ في حُقُوقِ الْعِبَادِ ليس بِعُذْرٍ
وَلَنَا أَنَّ هذا خَطَأٌ في الِاجْتِهَادِ لِأَنَّهُ أَقَامَ الْيَسَارَ مَقَامَ الْيَمِينِ بِاجْتِهَادِهِ مُتَمَسِّكًا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْيَمِينِ وَالْيَسَارِ فَكَانَ هذا خَطَأً من الْمُجْتَهِدِ في الِاجْتِهَادِ وَأَنَّهُ مَوْضُوعٌ

وَمَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ في هذا الْخَطَأِ لَا فِيمَا إذَا أَخْطَأَ فَظَنَّ الْيَسَارَ يَمِينًا مع إعْتِقَادِ وُجُوبِ قَطْعِ الْيَمِينِ ما مع أَنَّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَضْمَنُ هُنَاكَ أَيْضًا على ما نُبَيِّنُ

وَإِنْ قَطَعَ الْيُسْرَى عَمْدًا لَا ضَمَانَ عليه أَيْضًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ لَهُمَا أَنَّهُ تَعَمَّدَ الظُّلْمَ بِإِقَامَةِ الْيَسَارِ مَقَامَ الْيَمِينِ فلم يَكُنْ مَعْذُورًا فَيَضْمَنُ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ أَتْلَفَ وَأَخْلَفَ خَيْرًا مِمَّا أَتْلَفَ فَلَا يَضْمَنُ

كَرَجُلَيْنِ شَهِدَا على رَجُلٍ بِبَيْعِ عَبْدٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ بِأَلْفَيْنِ ثُمَّ رَجَعَا أَنَّهُمَا لَا يَضْمَنَانِ لِمَا قُلْنَا

كَذَا هذا

وَإِنَّمَا قُلْنَا إنَّهُ أَخْلَفَ خَيْرًا مِمَّا أَتْلَفَ لِأَنَّهُ لَمَّا قَطَعَ الْيُسْرَى فَقَدْ سَلِمَتْ له الْيُمْنَى لِأَنَّهَا لَا تُقْطَعُ بَعْدَ ذلك لِأَنَّهُ لَا يُؤْتَى على أَطْرَافِهِ الْأَرْبَعَةِ وَالْيُمْنَى خَيْرٌ من الْيُسْرَى

ثُمَّ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ هل يَكُونُ هذا الْقَطْعُ وهو قَطْعُ الْيُسْرَى قَطْعًا من السَّرِقَةِ حتى إذَا هَلَكَ الْمَالُ في يَدِ السَّارِقِ أو اسْتَهْلَكَهُ لَا يضمنه (((يضمن)))

أو لَا يَكُونُ من السَّرِقَةِ حتى يَضْمَنَ

اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه

قال بَعْضُهُمْ يَكُونُ وقال بَعْضُهُمْ لَا يَكُونُ

هذا كُلُّهُ إذَا قَطَعَ الْحَدَّادُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ

فَأَمَّا الْأَجْنَبِيُّ إذَا قَطَعَ يَدَهُ الْيُسْرَى فَإِنْ كان خَطَأً تَجِبُ الدِّيَةُ وَإِنْ كان عَمْدًا يَجِبُ الْقِصَاصُ وَسَقَطَ عنه الْقَطْعُ في الْيَمِينِ لِأَنَّهُ لو قَطَعَ يُؤَدِّي إلَى إهْلَاكِ النَّفْسِ من وَجْهٍ على ما بَيَّنَّا

وَيُرَدُّ عليه الْمَسْرُوقُ إنْ كان قَائِمًا وَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ في الْهَلَاكِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الضَّمَانِ هو الْقَطْعُ وقد سَقَطَ

وَلَوْ وَجَبَ عليه قَطْعُ الْيَدِ الْيَمِينِ في السَّرِقَةِ فلم تُقْطَعْ حتى قَطَعَ قَاطِعٌ يَمِينَهُ فَهَذَا على وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ قبل الْخُصُومَةِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَهَا فَإِنْ كان قبل الْخُصُومَةِ فَعَلَى قَاطِعِهِ الْقِصَاصُ إنْ كان عَمْدًا وَالْأَرْشُ إنْ كان خَطَأً وَتُقْطَعُ رِجْلُهُ الْيُسْرَى في السَّرِقَةِ كَأَنَّهُ سَرَقَ وَلَا يَمِينَ له

وَإِنْ كان بَعْدَ الْخُصُومَةِ فَإِنْ كان قبل الْقَضَاءِ فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ إلَّا أَنَّا هَهُنَا لَا نَقْطَعُ رِجْلَهُ الْيُسْرَى لِأَنَّهُ لَمَّا خُوصِمَ كان الْوَاجِبُ في الْيَمِينِ وقد فَاتَتْ فَسَقَطَ الْوَاجِبُ كما لو ذَهَبَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ

وَإِنْ كان بَعْدَ الْقَضَاءِ فَلَا ضَمَانَ على الْقَاطِعِ لِأَنَّهُ احْتَسَبَ لِإِقَامَةِ حَدِّ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فَكَانَ قَطْعُهُ عن السَّرِقَةِ حتى لَا يَجِبُ الضَّمَانُ على السَّارِقِ فِيمَا هَلَكَ من مَالِ السَّرِقَةِ في يَدِهِ أو اُسْتُهْلِكَ

وَأَمَّا الْمَوْضِعُ الذي يُقْطَعُ من الْيَدِ الْيُمْنَى فَهُوَ مَفْصِلُ الزَّنْدِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وقال بَعْضُهُمْ تُقْطَعُ الْأَصَابِعُ وقال الْخَوَارِجُ تُقْطَعُ من الْمَنْكِبِ لِظَاهِرِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } وَالْيَدُ اسْمٌ لِهَذِهِ الْجُمْلَةِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا

لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَطَعَ يَدَ السَّارِقِ من مَفْصِلِ الزَّنْدِ فَكَانَ فِعْلُهُ بَيَانًا لِلْمُرَادِ من الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ كَأَنَّهُ نَصَّ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فقال فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا من مَفْصِلِ الزَّنْدِ
وَعَلَيْهِ عَمَلُ الْأُمَّةِ من لَدُنْ رسول اللَّهِ إلَى يَوْمِنَا هذا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ من يُقِيمُ هذا الْحُكْمَ فَاَلَّذِي يُقِيمُهُ الْإِمَامُ أو من وَلَّاهُ لِأَنَّ هذا حَدٌّ والمتولى لِإِقَامَةِ الْحُدُودِ الْأَئِمَّةُ أو من وَلَّوْهُمْ من الْقُضَاةِ وَالْحُكَّامِ
وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمَوْلَى يَمْلِكُ إقَامَةَ الْحَدِّ على مَمْلُوكِهِ وَالْكَلَامُ في هذا الْفَصْلِ اسْتَوْفَيْنَاهُ في كِتَابِ الْحُدُودِ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يُسْقِطُ الْحَدَّ بَعْدَ وُجُوبِهِ فَنَقُولُ ما يُسْقِطُهُ بَعْدَ وُجُوبِهِ أَنْوَاعٌ منها تَكْذِيبُ الْمَسْرُوقِ منه السَّارِقَ في إقْرَارِهِ بِالسَّرِقَةِ بِأَنْ يَقُولَ له لم تَسْرِقْ مِنِّي
وَمِنْهَا تَكْذِيبُهُ الْبَيِّنَةَ بِأَنْ يَقُولَ شَهِدَ شُهُودِي بِزُورٍ لِأَنَّهُ إذَا كَذَبَ فَقَدْ بَطَلَ الْإِقْرَارُ وَالشَّهَادَةُ فَسَقَطَ الْقَطْعُ
وَمِنْهَا رُجُوعُ السَّارِقِ عن الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ فَلَا يُقْطَعُ وَيَضْمَنُ الْمَالَ لِأَنَّ الرُّجُوعَ يُقْبَلُ في الْحُدُودِ وَلَا يُقْبَلُ في الْمَالِ لِأَنَّهُ يُورِثُ شُبْهَةً في الْإِقْرَارِ وَالْحَدَّ يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ وَلَا يُسْقِطُ الْمَالَ
رَجُلَانِ أَقَرَّا بِسَرِقَةِ ثَوْبٍ يُسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ ثُمَّ قال أَحَدُهُمَا الثَّوْبُ ثَوْبُنَا لم نَسْرِقْهُ أو قال هذا لي دريء (((دريئ))) الْقَطْعُ عنهما لِأَنَّهُمَا لَمَّا أَقَرَّا بِالسَّرِقَةِ فَقَدْ ثَبَتَتْ الشَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا في السَّرِقَةِ ثُمَّ لَمَّا أَنْكَرَ أَحَدُهُمَا فَقَدْ رَجَعَ عن إقْرَارِهِ فَبَطَلَ الْحَدُّ عنه بِرُجُوعِهِ فَيُورِثُ شُبْهَةً في حَقِّ الشَّرِيكِ لِاتِّحَادِ السَّرِقَةِ
وَلَوْ قال أَحَدُهُمَا سَرَقْنَا هذا الثَّوْبَ من فُلَانٍ فَكَذَّبَهُ الْآخَرُ وقال كَذَبْت لم نَسْرِقْهُ قُطِعَ الْمُقِرُّ وَحْدَهُ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ
وقال أبو يُوسُفَ لَا يُقْطَعُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَرِقَةٍ وَاحِدَةٍ بَيْنَهُمَا على الشَّرِكَةِ فإذا لم تَثْبُتْ في حَقِّ شَرِيكِهِ بِإِنْكَارِهِ يُؤَثِّرُ ذلك في حَقِّ صَاحِبِهِ ضَرُورَةَ اتِّحَادِ السَّرِقَةِ
وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا أَقَرَّ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ فَأَنْكَرَتْ أنه يُحَدُّ الرَّجُلُ على أَصْلِهِ لِأَنَّ إنْكَارَ الْمَرْأَةِ لَا يُؤَثِّرُ في إقْرَارِ الرَّجُلِ إذْ ليس من ضَرُورَةِ عَدَمِ الزِّنَا من جَانِبِهَا عَدَمُهُ من جَانِبِهِ كما لو زنا بِصَبِيَّةٍ أو مَجْنُونَةٍ
بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ لِأَنَّ ذلك وُجِدَ من أَحَدِهِمَا على وَجْهِ الشَّرِكَةِ فَعَدَمُ السَّرِقَةِ من أَحَدِهِمَا يُؤَثِّرُ في حَقِّ الْآخَرِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ إقْرَارَهُ بِالشَّرِكَةِ في السَّرِقَةِ إقْرَارٌ بِوُجُودِ السَّرِقَةِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَّا أَنَّهُ لَمَّا أَنْكَرَ صَاحِبُهُ السَّرِقَةَ لم يَثْبُتْ منه فِعْلُ السَّرِقَةِ وَعَدَمُ الْفِعْلِ منه لَا يُؤَثِّرُ في وُجُودِ الْفِعْلِ من صَاحِبِهِ فَبَقِيَ إقْرَارُ صَاحِبِهِ على نَفْسِهِ بِالسَّرِقَةِ فَيُؤْخَذُ بِهِ بِخِلَافِ إقْرَارِ الرَّجُلِ على نَفْسِهِ بِالزِّنَا بِامْرَأَةٍ وَهِيَ تَجْحَدُ أنه لَا يَجِبُ الْحَدُّ على الرَّجُلِ على أَصْلِهِ لِأَنَّ الزِّنَا لَا يَقُومُ إلَّا بِالرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فإذا أَنْكَرَتْ لم يَثْبُتْ منها فَلَا يُتَصَوَّرُ الْوُجُودُ من الرَّجُلِ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ بِالسَّرِقَةِ على ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا رَدُّ السَّارِقِ الْمَسْرُوقَ إلَى الْمَالِكِ قبل الْمُرَافَعَةِ عِنْدَهُمَا وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أبي يُوسُفَ
وَرُوِيَ عنه أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الرَّدَّ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ لَا يُسْقِطُ الْحَدَّ
وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ أَنَّ السَّرِقَةَ حين وُجُودِهَا انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقَطْعِ فَرَدُّ الْمَسْرُوقِ بَعْدَ ذلك لَا يُخِلُّ بِالسَّرِقَةِ الْمَوْجُودَةِ فَلَا يَسْقُطُ الْقَطْعُ الْوَاجِبُ كما

لو رَدَّهُ بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ
وَلَهُمَا أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُورِ السَّرِقَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَطْعِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَمَّا رُدَّ الْمَسْرُوقُ على الْمَالِكِ فَقَدْ بَطَلَتْ الْخُصُومَةُ بِخِلَافِ ما بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ
لِأَنَّ الشَّرْطَ وُجُودُ الْخُصُومَةِ لَا بَقَاؤُهَا وقد وُجِدَتْ
وَمِنْهَا مِلْكُ السَّارِقِ الْمَسْرُوقَ قبل الْقَضَاءِ نَحْوُ ما إذَا وَهَبَ الْمَسْرُوقُ منه

(7/88)

الْمَسْرُوقَ من السَّارِقِ قبل الْقَضَاءِ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْأَمْرَ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ وَهَبَهُ منه قبل الْقَضَاءِ وَإِمَّا إنْ وَهَبَهُ
بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ فَإِنْ وَهَبَهُ قبل الْقَضَاءِ يَسْقُطُ الْقَطْعُ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ
وَهَبَهُ بَعْدَ الْقَضَاءِ قبل الْإِمْضَاءِ يَسْقُطُ عِنْدَهُمَا وقال أبو يُوسُفَ لَا يَسْقُطُ وهو
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
احْتَجَّ أبو يُوسُفَ بِمَا رُوِيَ أَنَّ سَارِقَ رِدَاءِ صَفْوَانَ أُخِذَ فَأُتِيَ بِهِ إلَى رسول اللَّهِ
فَأَمَرَ رسول اللَّهِ أَنْ يُقْطَعَ يَدُهُ فقال صَفْوَانُ يا رَسُولَ اللَّهِ إنِّي لم أُرِدْ هذا هو
عليه صَدَقَةٌ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَهَلَّا قبل أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ فَدَلَّ أَنَّ الْهِبَةَ
قبل الْقَضَاءِ تُسْقِطُ وَبَعْدَهُ لَا تُسْقِطُ وَلِأَنَّ وُجُوبَ الْقَطْعِ حُكْمٌ مُعَلَّقٌ بِوُجُودِ
السَّرِقَةِ وقد تَمَّتْ السَّرِقَةُ وَوَقَعَتْ مُوجِبَةً لِلْقَطْعِ لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الْوُجُوبِ
فَطَرَيَانُ الْمِلْكِ بَعْدَ ذلك لَا يُوجِبُ خَلَلًا في السَّرِقَةِ الْمَوْجُودَةِ فَبَقِيَ الْقَطْعُ
وَاجِبًا كما كان كما لو رُدَّ الْمَسْرُوقُ على الْمَالِكِ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِخِلَافِ ما قبل
الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطُ ظُهُورِ السَّرِقَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَطْعِ عِنْدَ الْقَاضِي وقد
بَطَلَ حَقُّ الْخُصُومَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ في الْهِبَةِ وَالْمِلْكُ في الْهِبَةِ يَثْبُتُ
من وَقْتِ الْقَبْضِ فَيَظْهَرُ الْمِلْكُ له من ذلك الْوَقْتِ من كل وَجْهٍ أو من وَجْهٍ
وَكَوْنُ الْمَسْرُوقِ مِلْكًا لِلسَّارِقِ على الْحَقِيقَةِ أو الشُّبْهَةِ يَمْنَعُ من الْقَطْعِ وَلِهَذَا
لم يُقْطَعْ قبل الْقَضَاءِ فَكَذَلِكَ بَعْدَهُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ في بَابِ الْحُدُودِ إمْضَاؤُهَا فما
لم يَمْضِ فَكَأَنَّهُ لم يُقْضَ وَلَوْ كان لم يُقْضَ أَلَيْسَ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ فَكَذَا إذَا لم
يَمْضِ وَلِأَنَّ الطارىء في بَابِ الْحُدُودِ مُلْحَقٌ بِالْمُقَارَنِ إذَا كان في الْإِلْحَاقِ
إسْقَاطُ الْحَدِّ وَهَهُنَا فيه إسْقَاطُ الْحَدِّ فَيَلْحَقُ بِهِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَا حُجَّةَ له فيه لِأَنَّ الْمَرْوِيَّ قَوْلُهُ هو عليه صَدَقَةٌ وَقَوْلُهُ هو
يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْمَسْرُوقَ وَيُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الْقَطْعَ وَهِبَةُ الْقَطْعِ لَا تُسْقِطُ
الْحَدَّ يَدُلُّ عليه أَنَّهُ رُوِيَ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ أَنَّهُ قال وَهَبْت الْقَطْعَ وَكَذَا يُحْتَمَلُ
أَنَّهُ تَصَدَّقَ عليه بِالْمَسْرُوقِ أو وَهَبَهُ منه وَلَكِنَّهُ لم يَقْبِضْهُ وَالْقَطْعُ إنَّمَا يَسْقُطُ
بِالْهِبَةِ مع الْقَبْضِ
وَعَلَى هذا إذَا بَاعَ الْمَسْرُوقُ من السَّارِقِ قبل الْقَضَاءِ أو بَعْدَهُ على الِاتِّفَاقِ
وَالِاخْتِلَافِ وَلَوْ زَنَى بِامْرَأَةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ لِأَنَّ الْمِلْكَ الثَّابِتَ بِالنِّكَاحِ
لَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِنَادَ إلَى وَقْتِ الْوَطْءِ فَلَا تَثْبُتُ الشُّبْهَةُ في الزِّنَا فَيُحَدُّ
وَأَمَّا حُكْمُ السُّقُوطِ بَعْدَ الثُّبُوتِ لِمَانِعٍ وهو الشُّبْهَةُ وَغَيْرُهَا فَدُخُولُ الْمَسْرُوقِ
في ضَمَانِ السَّارِقِ حتى لو هَلَكَ في يَدِهِ بِنَفْسِهِ أو اسْتَهْلَكَهُ السَّارِقُ يَضْمَنُ
لِأَنَّ الْمَانِعَ من الضَّمَانِ هو الْقَطْعُ فإذا سَقَطَ الْقَطْعُ زَالَ الْمَانِعُ فَيَضْمَنُ وَاَللَّهُ
أَعْلَمُ

وَالثَّانِي وُجُوبُ رَدِّ عَيْنِ الْمَسْرُوقِ على صَاحِبِهِ إذَا كان قَائِمًا بِعَيْنِهِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَسْرُوقَ في يَدِ السَّارِقِ لَا يَخْلُو إمَّا إن كان على حَالِهِ لم يَتَغَيَّرْ وَإِمَّا إن أَحْدَثَ السَّارِقُ فيه حَدَثًا فَإِنْ كان على حَالِهِ رَدَّهُ على الْمَالِكِ لِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى تَرُدَّهُ وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال من وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَدَّ رِدَاءَ صَفْوَانَ رضي اللَّهُ عنه عليه وَقَطَعَ السَّارِقَ فيه

وَكَذَلِكَ إنْ كان السَّارِقُ قد مَلَّكَ الْمَسْرُوقَ رَجُلًا بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو صَدَقَةٍ أو تَزَوَّجَ امْرَأَةً عليه أو كان السَّارِقُ امْرَأَةً فَاخْتَلَعَتْ من نَفْسِهَا بِهِ وهو قَائِمٌ في يَدِ الْمَالِكِ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ إذْ السَّرِقَةُ لَا تُوجِبُ زَوَالَ الْمِلْكِ عن الْعَيْنِ الْمَسْرُوقَةِ فَكَانَ تَمْلِيكُ السَّارِقِ بَاطِلًا وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي على السَّارِقِ بِالثَّمَنِ الذي اشْتَرَاهُ بِهِ لِمَا مَرَّ فَإِنْ كان قد هَلَكَ في يَدَيْ الْقَابِضِ وكان الْبَيْعُ قبل الْقَطْعِ أو بَعْدَهُ فَلَا ضَمَانَ لَا على السَّارِقِ وَلَا على الْقَابِضِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَإِنْ أَحْدَثَ السَّارِقُ فيه حَدَثًا لَا يَخْلُو إمَّا إن أَحْدَثَ حَدَثًا أَوْجَبَ النُّقْصَانَ وَإِمَّا إنْ أَحْدَثَ حَدَثًا أَوْجَبَ الزِّيَادَةَ فَإِنْ أَحْدَثَ حَدَثًا أَوْجَبَ النُّقْصَانَ يُقْطَعْ وَتُسْتَرَدَّ الْعَيْنُ على الْمَالِكِ وَلَيْسَ عليه ضَمَانُ النُّقْصَانِ لِأَنَّ نُقْصَانَ الْمَسْرُوقِ هَلَاكُ بَعْضِهِ

وَلَوْ هَلَكَ كُلُّهُ يُقْطَعُ وَلَا ضَمَانَ عليه كَذَا إذَا هَلَكَ الْبَعْضُ وَيَرُدُّ الْعَيْنَ لِأَنَّ الْقَطْعَ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ رَدَّ الْكُلِّ فَكَذَا الْبَعْضِ

وَإِنْ أَحْدَثَ حَدَثًا أَوْجَبَ الزِّيَادَةَ فَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ السَّارِقَ إذَا أَحْدَثَ في الْمَسْرُوقِ حَدَثًا لو أَحْدَثَهُ الْغَاصِبُ في الْمَغْصُوبِ لَا يُقْطَعُ حَقُّ الْمَالِكِ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَسْرُوقِ منه وَإِلَّا فَلَا إلَّا أَنَّ في بَابِ الْغَصْبِ يَضْمَنُ الْغَاصِبُ لِلْمَالِكِ مِثْلَ الْمَغْصُوبِ أو قِيمَتَهُ وَهَهُنَا لَا يَضْمَنُ السَّارِقُ لِمَانِعٍ وهو الْقَطْعُ

إذَا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ السَّارِقُ إذَا قَطَعَ الثَّوْبَ الْمَسْرُوقَ وَخَاطَهُ قَمِيصًا انْقَطَعَ حَقُّ الْمَالِكِ لِأَنَّهُ لو فَعَلَهُ الْغَاصِبُ لَانْقَطَعَ حَقُّ الْمَغْصُوبِ منه

كَذَا إذَا فَعَلَهُ السَّارِقُ وَلَا

ضَمَانَ على السَّارِقِ لِمَا بَيَّنَّا وَلَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ أو أَصْفَرَ فَكَذَلِكَ لَا سَبِيلَ لِلْمَالِكِ على الْعَيْنِ الْمَسْرُوقَةِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

وفي قَوْلِهِمَا يَأْخُذُ الْمَالِكُ الثَّوْبَ وَيُعْطِيهِ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لو وُجِدَ هذا من الْغَاصِبِ لَخُيِّرَ الْمَالِكُ بين أَنْ يَضْمَنَ الْغَاصِبُ قِيمَةَ الثَّوْبِ وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ وَيُعْطِيَهُ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه إلَّا أَنَّ التَّضْمِينَ هَهُنَا مُتَعَذِّرٌ لِضَرُورَةِ الْقَطْعِ فَتَعَيَّنَ الْوَجْهُ الْآخَرُ وهو أَنْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ وَيُعْطِيَهُ ما زَادَ الصَّبْغُ فيه إذْ الْغَصْبُ وَالسَّرِقَةُ لَا يَخْتَلِفَانِ في هذا الْبَابِ إلَّا في الضَّمَانِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ الْفَرْقُ بين الْغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ هَهُنَا وهو أَنَّ حَقَّ الْمَغْصُوبِ منه إنَّمَا لم يَنْقَطِعْ عن الثَّوْبِ بِالصَّبْغِ لِأَنَّ أَصْلَ الثَّوْبِ مِلْكُهُ وهو مُتَقَوِّمٌ وَلِلْغَاصِبِ فيه حَقٌّ مُتَقَوِّمٌ أَيْضًا إلَّا أَنَّا أَثْبَتْنَا الْخِيَارَ لِلْمَالِكِ لَا لِلْغَاصِبِ لِأَنَّ الْمَالِكَ صَاحِبُ أَصْلٍ وَالْغَاصِبَ صَاحِبُ وَصْفٍ وَهَهُنَا حَقُّ السَّارِقِ في الصَّبْغِ مُتَقَوِّمٌ وَحَقُّ

الْمَالِكِ فِي أَصْلِ الثَّوْبِ ليس بِمُتَقَوِّمٍ في حَقِّ السَّارِقِ لِأَجْلِ الْقَطْعِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَتْلَفَهُ السَّارِقُ لَا ضَمَانَ عليه فَاعْتُبِرَ حَقُّ السَّارِقِ وَجُعِلَ حَقُّ الْمَالِكِ في الْأَصْلِ تَبَعًا لِحَقِّهِ في الْوَصْفِ وَتَعَذَّرَ تَضْمِينُهُ لِضَرُورَةِ الْقَطْعِ فَيَكُونُ له مَجَّانًا وَلَكِنْ لَا يَحِلُّ له أَنْ يَنْتَفِعَ بهذا الثَّوْبِ بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ كَذَا قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الثَّوْبَ على مِلْكِ الْمَسْرُوقِ منه إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ رَدُّهُ وَتَضْمِينُهُ في الْحُكْمِ وَالْقَضَاءِ فما لم يَمْلِكْهُ السَّارِقُ لَا يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ بِهِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِوَجْهٍ مَحْظُورٍ من غَيْرِ بَدَلٍ لِتَعَذُّرِ إيجَابِ الضَّمَانِ فَلَا يُبَاحُ له الِانْتِفَاعُ بِهِ وَيَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ مَالُ إنْسَانٍ في يَدِ غَيْرِهِ على وَجْهٍ يَخْرُجُ من أَنْ يَكُونَ وَاجِبُ الرَّدِّ وَالضَّمَانُ إلَيْهِ من طَرِيقِ الْحُكْمِ وَالْقَضَاءِ لَكِنْ لَا يَحِلُّ له الِانْتِفَاعُ بِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى كَالْمُسْلِمِ إذَا دخل دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَأَخَذَ شيئا من أَمْوَالِهِمْ لَا يُحْكَمُ عليه بِالرَّدِّ وَيَلْزَمُهُ ذلك فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ جَلَّ جَلَالُهُ
وَكَذَلِكَ الْبَاغِي إذَا أَتْلَفَ مَالَ الْعَادِلِ ثُمَّ تَابَ لَا يُحْكَمُ عليه بِالضَّمَانِ وَيُفْتَى بِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَكَذَلِكَ الْحَرْبِيُّ إذَا أَتْلَفَ شيئا من مَالِنَا ثُمَّ أَسْلَمَ لَا يُحْكَمُ عليه بِالرَّدِّ وَيُفْتَى بِذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ جَلَّتْ عَظَمَتُهُ
وَكَذَلِكَ السَّارِقُ إذَا اسْتَهْلَكَ الْمَسْرُوقَ لَا يُقْضَى عليه بِالضَّمَانِ وَلَكِنْ يُفْتَى بِهِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَكَذَا قَاطِعُ الطَّرِيقِ إذَا قَتَلَ إنْسَانًا بِعَصًا ثُمَّ جاء تَائِبًا بَطَلَ عنه الْحَدُّ وَيُؤْمَرُ بِأَدَاءِ الدِّيَةِ إلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ
وَلَوْ قَتَلَ حَرْبِيٌّ مُسْلِمًا بِعَصًا ثُمَّ أَسْلَمَ لَا يُفْتَى بِدَفْعِ الدِّيَةِ إلَى الْوَلِيِّ بِخِلَافِ الْبَاغِي وَقَاطِعِ الطَّرِيقِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْقَتْلَ من الْحَرْبِيِّ لم يَقَعْ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لِأَنَّ عِصْمَةَ الْمَقْتُولِ لم تَظْهَرْ في حَقِّهِ فَلَا يُجَبُّ بِالْإِسْلَامِ لِأَنَّهُ يَجُبُّ ما قَبْلَهُ وقال اللَّهُ تَعَالَى { قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لهم ما قد سَلَفَ } بِخِلَافِ قَاطِعِ الطَّرِيقِ لِأَنَّ فِعْلَهُ وَقَعَ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِالضَّمَانِ لِمَانِعٍ وهو ضَرُورَةُ إقَامَةِ الْحَدِّ إلَّا أَنَّ الْحَدَّ إذَا لم يَجِبْ لِشُبْهَةٍ يُحْكَمُ بِالضَّمَانِ فَيَظْهَرُ أَثَرُ الْمَانِعِ في الْحُكْمِ وَالْقَضَاءِ لَا في الْفَتْوَى وَكَذَا فِعْلُ الْبَاغِي وَقَعَ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لَكِنْ لم يُحْكَمْ بِالْوُجُوبِ لِمَانِعٍ وهو عَدَمُ الْفَائِدَةِ لِقِيَامِ الْمَنَعَةِ وَهَذَا الْمَانِعُ يَخُصُّ الْحُكْمَ وَالْقَضَاءَ فَكَانَ الْوُجُوبُ ثَابِتًا عِنْدَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى فَيُقْضَى بِهِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا سَرَقَ نَقْرَةَ فِضَّةٍ فَضَرَبَهَا دَرَاهِمَ أَنَّهُ يُقْطَعُ وَالدَّرَاهِمُ تُرَدُّ على صَاحِبِهَا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكِ عن الدَّرَاهِمِ بِنَاءً على أَنَّ هذا الصُّنْعَ لَا يَقْطَعُ حَقَّ الْمَالِكِ في بَابِ الْغَصْبِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَنْقَطِعُ وَلَوْ سَرَقَ حَدِيدًا أو صُفْرًا أو نُحَاسًا أو ما أَشْبَهَ ذلك فَضَرَبَهَا أَوَانِيَ يُنْظَرُ إنْ كان بَعْدَ الصِّنَاعَةِ وَالضَّرْبِ تُبَاعُ وَزْنًا فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا وَإِنْ كان تُبَاعُ عَدَدًا فَيُقْطَعُ حَقُّ الْمَالِكِ بِالْإِجْمَاعِ كما في الْغَصْبِ وَعَلَى هذا إذَا سَرَقَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا وَغَيْرَ ذلك من هذا الْجِنْسِ وَسَنَذْكُرُ جُمْلَةَ ذلك في كِتَابِ الْغَصْبِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَاَللَّهُ أَعْلَم بِالصَّوَابِ
كِتَابُ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ على نَحْوِ الْكَلَامِ في كِتَابِ السَّرِقَةِ وَذَلِكَ في أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ قَطْعِ الطَّرِيقِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ ما يَظْهَرُ بِهِ قَطْعُ الطَّرِيقِ عِنْدَ الْقَاضِي وفي بَيَانِ حُكْمِ قَطْعِ الطَّرِيقِ
فَصْلٌ أَمَّا رُكْنُهُ فَهُوَ الْخُرُوجُ على الْمَارَّةِ لِأَخْذِ الْمَالِ على سَبِيلِ الْمُغَالَبَةِ على وَجْهٍ يَمْتَنِعُ الْمَارَّةُ عن الْمُرُورِ وَيَنْقَطِعُ الطَّرِيقُ سَوَاءٌ كان الْقَطْعُ من جَمَاعَةٍ أو من وَاحِدٍ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ له قُوَّةُ الْقَطْعِ وَسَوَاءٌ كان الْقَطْعُ بِسِلَاحٍ أو غَيْرِهِ

من الْعَصَا

وَالْحَجَرِ وَالْخَشَبِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ انْقِطَاعَ الطَّرِيقِ يَحْصُلُ بِكُلٍّ من ذلك وَسَوَاءٌ كان بِمُبَاشَرَةِ الْكُلِّ أو التَّسْبِيبِ من الْبَعْضِ بِالْإِعَانَةِ وَالْأَخْذِ لِأَنَّ الْقَطْعَ يَحْصُلُ بِالْكُلِّ كما في السَّرِقَةِ وَلِأَنَّ هذا من عَادَةِ الْقُطَّاعِ أَعْنِي الْمُبَاشَرَةَ من الْبَعْضِ وَالْإِعَانَةَ من الْبَعْضِ بِالتَّشْمِيرِ لِلدَّفْعِ فَلَوْ لم يَلْحَقْ التَّسَبُّبُ بِالْمُبَاشَرَةِ في سَبَبِ وُجُوبِ الْحَدِّ لَأَدَّى ذلك إلَى انْفِتَاحِ بَابِ قَطْعِ الطَّرِيقِ وَانْسِدَادِ حُكْمِهِ وَأَنَّهُ قَبِيحٌ وَلِهَذَا أُلْحِقَ التَّسَبُّبُ بِالْمُبَاشَرَةِ في السَّرِقَةِ
كَذَا هَهُنَا

فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْقَاطِعِ خَاصَّةً وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْطُوعِ عليه خَاصَّةً وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَيْهِمَا جميعا وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْطُوعِ له وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَقْطُوعِ فيه

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى القاضع (((القاطع))) خَاصَّةً فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ بَالِغًا فَإِنْ كان صَبِيًّا أو مَجْنُونًا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ الْحَدَّ عُقُوبَةٌ فَيَسْتَدْعِي جِنَايَةً وَفِعْلُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لَا يُوصَفُ بِكَوْنِهِ جِنَايَةً وَلِهَذَا لم يَتَعَلَّقْ بِهِ الْقَطْعُ في السَّرِقَةِ
كَذَا هذا

وَلَوْ كان في الْقُطَّاعِ صَبِيٌّ أو مَجْنُونٌ فَلَا حَدَّ على أَحَدٍ في قَوْلِهِمَا
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان الصَّبِيُّ هو الذي يَلِي الْقَطْعَ فَكَذَلِكَ وَإِنْ كان غَيْرُهُ حد حَدَّ الْعُقَلَاءَ الْبَالِغِينَ
وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ في كِتَابِ السَّرِقَةِ

وَمِنْهَا الذُّكُورَةُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ حتى لو كانت في الْقُطَّاعِ امْرَأَةٌ فَوُلِّيَتْ الْقِتَالَ وَأَخْذَ الْمَالِ دُونَ الرِّجَالِ لَا يُقَامُ الْحَدُّ عليها في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ
وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال النِّسَاءُ وَالرِّجَالُ في قَطْعِ الطَّرِيقِ سَوَاءٌ وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ تَعَالَى يُقَامُ الْحَدُّ عليها وَعَلَى الرِّجَالِ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ هذا حَدٌّ يَسْتَوِي في وُجُوبِهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى كَسَائِرِ الْحُدُودِ وَلِأَنَّ الْحَدَّ إنْ كان هو الْقَطْعُ فَلَا يُشْتَرَطُ في وُجُوبِهِ الذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ كَسَائِرِ الْحُدُودِ فَلَا يُشْتَرَطُ في وُجُوبِهِ الذُّكُورَةُ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَإِنْ كان هو الْقَتْلُ فَكَذَلِكَ كَحَدِّ الزِّنَا وهو الرَّجْمُ إذَا كانت مُحْصَنَةً
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ أَنَّ رُكْنَ الْقَطْعِ وهو الْخُرُوجُ على الْمَارَّةِ على وَجْهِ الْمُحَارَبَةِ وَالْمُغَالَبَةِ لَا يَتَحَقَّقُ من النِّسَاءِ عَادَةً لِرِقَّةِ قُلُوبِهِنَّ وَضَعْفِ بِنْيَتِهِنَّ فَلَا يَكُنَّ من أَهْلِ الْحِرَابِ وَلِهَذَا لَا يُقْتَلْنَ في دَارِ الْحَرْبِ بِخِلَافِ السَّرِقَةِ لِأَنَّهَا أَخْذُ الْمَالِ على وَجْهِ الِاسْتِخْفَاءِ وَمُسَارَقَةِ الْأَعْيُنِ وَالْأُنُوثَةُ لَا تَمْنَعُ من ذلك
وَكَذَا أَسْبَابُ سَائِرِ الْحُدُودِ تَتَحَقَّقُ من النِّسَاءِ كما تَتَحَقَّقُ من الرِّجَالِ
وَأَمَّا الرِّجَالُ الَّذِينَ مَعَهَا فَلَا يُقَامُ عليهم الْحَدُّ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ سَوَاءٌ بَاشَرُوا مَعَهَا أو لم يُبَاشِرُوا
فَرَّقَ أبو يُوسُفَ بين الصَّبِيِّ وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ حَيْثُ قال إذَا بَاشَرَ الصَّبِيُّ لَا حَدَّ على من لم يُبَاشِرْ من الْعُقَلَاءِ الْبَالِغِينَ وإذا بَاشَرَتْ الْمَرْأَةُ تُحَدُّ كالرجال (((الرجال)))

وَوَجْهُ الْفَرْقِ له أَنَّ امْتِنَاعَ الْوُجُوبِ على الْمَرْأَةِ ليس لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ لِأَنَّهَا من أَهْلِ التَّكْلِيفِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَتَعَلَّقُ سَائِرُ الْحُدُودِ بِفِعْلِهَا بَلْ لِعَدَمِ الْمُحَارَبَةِ منها أو نُقْصَانِهَا عَادَةً وَهَذَا لم يُوجَدْ في الرِّجَالِ فَلَا يَمْتَنِعُ وُجُوبُ الْحَدِّ عليهم وَامْتِنَاعُ الْوُجُوبِ على الصَّبِيِّ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْوُجُوبِ لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ الْإِيجَابِ عليه وَلِهَذَا لم يَجِبْ عليه سَائِرُ الْحُدُودِ فإذا انْتَفَى الْوُجُوبُ عليه وهو أَصْلٌ امْتَنَعَ التَّبَعُ ضَرُورَةً
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ وهو قَطْعُ الطَّرِيقِ وقد حَصَلَ مِمَّنْ يَجِبُ عليه وَمِمَّنْ لَا يَجِبُ عليه فَلَا يَجِبُ أَصْلًا
كما إذَا كان فِيهِمْ صَبِيٌّ أو مَجْنُونٌ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَلَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ في الْأَرْضِ فَسَادًا } الْآيَةُ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْحُرِّ وَالْعَبْدِ
وَلِأَنَّ الرُّكْنَ وهو قَطْعُ الطَّرِيقِ يَتَحَقَّقُ من الْعَبْدِ حَسْبَ تَحَقُّقِهِ من الْحُرِّ فَيَلْزَمُهُ حُكْمُهُ كما يَلْزَمُ الْحُرَّ
وَكَذَلِكَ الْإِسْلَامُ لِمَا قُلْنَا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْطُوعِ عليه خَاصَّةً فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا فَإِنْ كان حَرْبِيًّا مُسْتَأْمَنًا لَا حَدَّ على الْقَاطِعِ لِأَنَّ مَالَ الْحَرْبِيِّ الْمُسْتَأْمَنِ ليس بِمَعْصُومٍ مطلق (((مطلقا))) بَلْ في عِصْمَتِهِ شُبْهَةُ الْعَدَمِ لِأَنَّهُ من أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ وَإِنَّمَا الْعِصْمَةُ بِعَارِضِ الْأَمَانِ مُؤَقَّتَةٌ إلَى غَايَةِ الْعَوْدِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَكَانَ في عِصْمَتِهِ شُبْهَةُ الْإِبَاحَةِ فَلَا يَتَعَلَّقُ الْحَدُّ بِالْقَطْعِ عليه كما لَا يَتَعَلَّقُ بِسَرِقَةِ مَالِهِ بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ أَفَادَ له عِصْمَةَ مَالِهِ على التَّأْبِيدِ فَتَعَلَّقَ الْحَدُّ بِأَخْذِهِ كما يَتَعَلَّقُ بِسَرِقَتِهِ
وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ يَدُهُ صَحِيحَةً بِأَنْ كانت يَدَ مِلْكٍ أو يَدَ أَمَانَةٍ أو يَدَ ضَمَانٍ فَإِنْ لم تَكُنْ صَحِيحَةً كَيَدِ السَّارِقِ لَا حَدَّ على الْقَاطِعِ كما لَا حَدَّ على السَّارِقِ على ما مَرَّ في كِتَابِ السَّرِقَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَيْهِمَا جميعا فَوَاحِدٌ وهو أَنْ لَا يَكُونَ في الْقُطَّاعِ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من أَحَدٍ من الْمَقْطُوعِ عليهم

فَإِنْ كان لَا يَجِبُ الْحَدُّ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا تَبَسُّطًا في الْمَالِ وَالْحِرْزِ لِوُجُودِ الْإِذْنِ بِالتَّنَاوُلِ عَادَةً فَقَدْ أَخَذَ مَالًا لم يُحْرِزْهُ عنه الْحِرْزُ الْمَبْنِيُّ في الْحَضَرِ وَلَا السُّلْطَانُ الْجَارِي في السَّفَرِ فَأَوْرَثَ ذلك شُبْهَةً في الْأَجَانِبِ لِاتِّحَادِ السَّبَبِ وهو قَطْعُ الطَّرِيقِ وكان الْجَصَّاصُ يقول جَوَابُ الْكِتَابِ مَحْمُولٌ على ما إذَا كان الْمَأْخُوذُ مُشْتَرَكًا بين الْمَقْطُوعِ عليهم وفي الْقُطَّاعِ من هو ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من أَحَدِهِمْ فَأَمَّا إذَا كان لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم مَالٌ مُفْرَزٌ يَجِبُ الْحَدُّ على الْبَاقِينَ وَجَوَابُ الْكِتَابِ مُطْلَقٌ عن هذا التَّفْصِيلِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْطُوعِ له فما ذُكِرَ في كِتَابِ السَّرِقَةِ وهو أَنْ يَكُونَ الْمَأْخُوذُ مَالًا مُتَقَوِّمًا مَعْصُومًا ليس فيه لِأَحَدٍ حَقُّ الْأَخْذِ وَلَا تَأْوِيلُ التَّنَاوُلِ وَلَا تُهْمَةُ التَّنَاوُلِ مَمْلُوكًا لَا مِلْكَ فيه لِلْقَاطِعِ وَلَا تَأْوِيلَ الْمِلْكِ وَلَا شُبْهَةَ الْمِلْكِ

مُحَرَّزًا مُطْلَقًا بِالْحَافِظِ ليس فيه شُبْهَةُ الْعَدَمِ نِصَابًا كَامِلًا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ أو مُقَدَّرًا بها حتى لو كان الْمَالُ الْمَأْخُوذُ لَا يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ من الْقُطَّاعِ عَشَرَةً لَا حَدَّ عليهم وقد ذَكَرْنَا دَلَائِلَ هذه الشَّرَائِطِ وَالْمَسَائِلِ التي تُخَرَّجُ عليها في كِتَابِ السَّرِقَةِ وَشَرَطَ الْحَسَنُ بن زِيَادٍ في نِصَابِ قَطْعِ الطَّرِيقِ أَنْ يَكُونَ عِشْرِينَ دِرْهَمًا فَصَاعِدًا
وقال عِيسَى بن زِيَادٍ إنْ قَتَلُوا قُتِلُوا وَإِنْ كان ما أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ منهم أَقَلَّ من عَشَرَةٍ
وَجْهُ قَوْلِ الْحَسَنِ أَنَّ الشَّرْعَ قَدَّرَ نِصَابَ السَّرِقَةِ بِعَشَرَةٍ وَالْوَاجِبُ فيها قَطْعُ طَرَفِ الْوَاحِدِ وَهَهُنَا يُقْطَعُ طَرَفَانِ فَيُشْتَرَطُ نِصَابَانِ وَذَلِكَ عِشْرُونَ
وَجْهُ قَوْلِ عِيسَى رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّا أَجْمَعْنَا على أَنَّهُمْ لو قَتَلُوا ولم يَأْخُذُوا الْمَالَ أَصْلًا قُتِلُوا فإذا أَخَذُوا شيئا من الْمَالِ وَإِنْ قَلَّ أَوْلَى أَنْ يُقْتَلُوا
وَلَنَا الْفَرْقُ بين النَّوْعَيْنِ وهو أَنَّهُمْ لَمَّا قَتَلُوا ولم يَأْخُذُوا الْمَالَ أَصْلًا عُلِمَ أَنَّ مَقْصُودَهُمْ الْقَتْلُ لَا الْمَالُ وَالْقَتْلُ جِنَايَةٌ مُتَكَامِلَةٌ في نَفْسِهَا فَيُجَازَى بِعُقُوبَةٍ مُتَكَامِلَةٍ وَهِيَ الْقَتْلُ وَلَمَّا أَخَذُوا الْمَالَ وَقَتَلُوا دَلَّ أَنَّ مَقْصُودَهُمْ الْمَالُ وَإِنَّمَا قَتَلُوا لِيَتَمَكَّنُوا من أَخْذِ الْمَالِ وَأَخْذُ الْمَالِ لَا يَتَكَامَلُ جِنَايَةً إلَّا إذَا كان الْمَأْخُوذُ نِصَابًا كما في السَّرِقَةِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَقْطُوعِ فيه وهو الْمَكَانُ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ قَطْعُ الطَّرِيقِ في دَارِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ كان في دَارِ الْحَرْبِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ لِأَنَّ الْمُتَوَلِّيَ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ هو الْإِمَامُ وَلَيْسَ له وَلَايَةٌ في دَارِ الْحَرْبِ فَلَا يَقْدِرُ على الْإِقَامَةِ فَالسَّبَبُ حين وُجُودِهِ لم يَنْعَقِدْ سَبَبًا لِلْوُجُوبِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ فَلَا يَسْتَوْفِيهِ في دَارِ الْإِسْلَامِ وَلِهَذَا لَا يستوفى سَائِرَ الْحُدُودِ في دَارِ الْإِسْلَامِ إذَا وَجَدَ أَسْبَابَهَا في دَارِ الْحَرْبِ
كَذَا هذا
وَالثَّانِي أَنْ يَكُونَ في غَيْرِ مِصْرٍ فَإِنْ كان في مِصْرٍ لَا يَجِبُ الْحَدُّ سَوَاءٌ كان الْقَطْعُ نَهَارًا أو لَيْلًا وَسَوَاءٌ كان بِسِلَاحٍ أو غَيْرِهِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وهو قَوْلُهُمَا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجِبَ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ قد تَحَقَّقَ وهو قَطْعُ الطَّرِيقِ فَيَجِبُ الْحَدُّ كما لو كان في غَيْرِ مِصْرٍ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَطْعَ لَا يَحْصُلُ بِدُونِ الِانْقِطَاعِ وَالطَّرِيقُ لَا يَنْقَطِعُ في الْأَمْصَارِ وَفِيمَا بين الْقُرَى لِأَنَّ الْمَارَّةَ لَا تَمْتَنِعُ عن الْمُرُورِ عَادَةً فلم يُوجَدْ السَّبَبُ
وَقِيلَ إنَّمَا أَجَابَ أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ على ما شَاهَدَهُ في زَمَانِهِ لِأَنَّ أَهْلَ الْأَمْصَارِ كَانُوا يَحْمِلُونَ السِّلَاحَ فَالْقُطَّاعُ ما كَانُوا يَتَمَكَّنُونَ من مُغَالَبَتِهِمْ في الْمِصْرِ وَالْآنَ تَرَكَ الناس هذه الْعَادَةَ فَتُمْكِنُهُمْ الْمُغَالَبَةُ فَيَجْرِي عليهم الْحَدُّ
وَعَلَى هذا قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ بين الْحِيرَةِ وَالْكُوفَةِ أنه لَا يَجْرِي عليه الْحَدُّ لِأَنَّ الْغَوْثَ كان يَلْحَقُ هذا الْمَوْضِعَ في زَمَانِهِ لِاتِّصَالِهِ بِالْمِصْرِ وَالْآنَ صَارَ مُلْتَحِقًا بِالْبَرِّيَّةِ فَلَا يَلْحَقُ الْغَوْثَ فَيَتَحَقَّقُ قَطْعُ الطَّرِيقِ
وَالثَّالِثُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمِصْرِ مَسِيرَةُ سَفَرٍ فَإِنْ كان أَقَلَّ من ذلك لم يَكُونُوا قُطَّاعَ الطَّرِيقِ
وَهَذَا على قَوْلِهِمَا فَأَمَّا على قَوْلِ أبي يُوسُفَ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ وَيَكُونُونَ قُطَّاعَ الطَّرِيقِ
وَالْوَجْهُ ما بَيَّنَّا فَيَجِبُ الْحَدُّ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ في قُطَّاعِ الطَّرِيقِ في الْمِصْرِ إنْ قَاتَلُوا نَهَارًا بِسِلَاحٍ

يُقَامُ عليهم الْحَدُّ وَإِنْ خَرَجُوا بِخَشَبٍ لهم لم يُقَمْ عليهم لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلْبَثُ فَلَا يَلْحَقُ الْغَوْثَ وَالْخَشَبُ يَلْبَثُ فَالْغَوْثُ يَلْحَقُ
وَإِنْ قَاتَلُوا لَيْلًا بِسِلَاحٍ أو بِخَشَبٍ يُقَامُ عليهم الْحَدُّ لِأَنَّ الْغَوْثَ قَلَّمَا يَلْحَقُ بِاللَّيْلِ فَيَسْتَوِي فيه السِّلَاحُ وَغَيْرُهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ أَشْهَرَ على رَجُلٍ سِلَاحًا نَهَارًا أو لَيْلًا في غَيْرِ مِصْرٍ أو في مِصْرٍ فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عليه عَمْدًا فَلَا شَيْءَ عليه
وَكَذَلِكَ إنْ شُهِرَ عليه عَصًا لَيْلًا في غَيْرِ مِصْرٍ أو في مِصْرٍ وَإِنْ كان نَهَارًا في مِصْرٍ فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عليه يُقْتَلُ بِهِ
وَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ من قَصَدَ قَتْلَ

(7/92)

إنْسَانٍ لَا يَنْهَدِرُ دَمُهُ وَلَكِنْ يُنْظَرُ إنْ كان الْمَشْهُورُ عليه يُمْكِنُهُ دَفْعُهُ عن نَفْسِهِ بِدُونِ الْقَتْلِ لَا يُبَاحُ له الْقَتْلُ وَإِنْ كان لَا يُمْكِنُهُ الدَّفْعُ إلَّا بِالْقَتْلِ يُبَاحُ له الْقَتْلُ لِأَنَّهُ من ضَرُورَاتِ الدَّفْعِ فَإِنْ شَهَرَ عليه سَيْفَهُ يُبَاحُ له أَنْ يَقْتُلَهُ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ على الدَّفْعِ إلَّا بِالْقَتْلِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اسْتَغَاثَ الناس لَقَتَلَهُ قبل أَنْ يَلْحَقَهُ الْغَوْثُ إذْ السِّلَاحُ لَا يَلْبَثُ فَكَانَ الْقَتْلُ من ضَرُورَاتِ الدَّفْعِ فَيُبَاحُ قَتْلُهُ فإذا قَتَلَهُ فَقَدْ قَتَلَ شَخْصًا مُبَاحَ الدَّمِ فَلَا شَيْءَ عليه
وَكَذَا إذَا شهر (((أشهر))) عليه الْعَصَا لَيْلًا لِأَنَّ الْغَوْثَ لَا يَلْحَقُ بِاللَّيْلِ عَادَةً سَوَاءٌ كان في الْمَفَازَةِ أو في الْمِصْرِ
وَإِنْ أَشْهَرَ عليه نَهَارًا في الْمِصْرِ لَا يُبَاحُ قَتْلُهُ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ دَفْعُ شَرِّهِ بِالِاسْتِغَاثَةِ بِالنَّاسِ
وَإِنْ كان في الْمَفَازَةِ يُبَاحُ قَتْلُهُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الِاسْتِغَاثَةُ فَلَا يَنْدَفِعُ شَرُّهُ إلَّا بِالْقَتْلِ فَيُبَاحُ له الْقَتْلُ
وَرَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ لو قَصَدَ قَتْلَهُ بِمَا لو قَتَلَهُ بِهِ لَوَجَبَ عليه الْقِصَاصُ فَقَتَلَهُ الْمَقْصُودُ قَتْلُهُ لَا يَجِبُ عليه الْقِصَاصُ لِأَنَّهُ يُبَاحُ قَتْلُهُ إذْ لو لم يُبَحْ لَقَتَلَهُ الْقَاصِدُ وإذا قَتَلَهُ يُقْتَلُ بِهِ قِصَاصًا فَكَانَ فيه إتْلَافُ نَفْسَيْنِ
فإذا أُبِيحَ قَتْلُهُ كان فيه إتْلَافُ أَحَدِهِمَا فَكَانَ أَهْوَنَ
وَلَوْ قَصَدَ قَتْلَهُ بِمَا لو قَتَلَهُ بِهِ لَكَانَ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لَا يُبَاحُ لِلْمَقْصُودِ قَتْلُهُ أَنْ يَقْتُلَ الْقَاصِدَ فَإِنْ قَتَلَهُ يَجِبُ عليه الْقِصَاصُ لِأَنَّهُ ليس في تَرْكِ الْإِبَاحَةِ هَهُنَا إتْلَافُ نَفْسٍ فَلَا يُبَاحُ فإذا قَتَلَهُ فَقَدْ قَتَلَ شَخْصًا مَعْصُومَ الدَّمِ على الْأَبَدِ فَيَجِبُ الْقِصَاصُ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَظْهَرُ بِهِ الْقَطْعُ عِنْدَ الْقَاضِي فَالَّذِي يَظْهَرُ بِهِ الْبَيِّنَةُ أو الْإِقْرَارُ عَقِيبَ خُصُومَةٍ صَحِيحَةٍ وَلَا يَظْهَرُ بِعِلْمِ الْقَاضِي على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ قَطْعِ الطَّرِيقِ فَلَهُ حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا يَتَعَلَّقُ بِالنَّفْسِ وَالْآخَرُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ

أَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِالنَّفْسِ فَهُوَ وُجُوبُ الْحَدِّ وَالْكَلَامُ في هذا الْحُكْمِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَصْلِ هذا الْحُكْمِ وفي بَيَانِ صِفَاتِهِ وفي بَيَانِ مَحِلِّ إقَامَتِهِ وفي بَيَانِ من يُقِيمُهُ وفي بَيَانِ ما يُسْقِطُهُ بَعْدَ الْوُجُوبِ وفي بَيَانِ حُكْمِ السُّقُوطِ بَعْدَ الْوُجُوبِ أو عَدَمِ الثُّبُوتِ لِمَانِعٍ

أَمَّا أَصْلُ الْحُكْمِ الذي يَتَعَلَّقُ بِالنَّفْسِ فَلَنْ يُمْكِنَ الْوُصُولُ إلَى مَعْرِفَتِهِ إلَّا بَعْدَ مَعْرِفَةِ أَنْوَاعِ قَطْعِ الطَّرِيقِ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ أَنْوَاعِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ قَطْعُ الطَّرِيقِ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ إمَّا أَنْ يَكُونَ بِأَخْذِ الْمَالِ لَا غَيْرُ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْقَتْلِ لَا غَيْرُ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِهِمَا جميعا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالتَّخْوِيفِ من غَيْرِ أَخْذٍ وَلَا قَتْلٍ فَمَنْ أَخَذَ الْمَالَ ولم يَقْتُلْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ من خِلَافٍ

وَمَنْ قَتَلَ ولم يَأْخُذْ الْمَالَ قُتِلَ وَمَنْ أَخَذَ الْمَالَ وَقَتَلَ قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه الْإِمَامُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَرِجْلَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ أو صَلَبَهُ وَإِنْ شَاءَ لم يقطعه (((يقطعه))) وَقَتَلَهُ أو صَلَبَهُ

وَقِيلَ إنَّ تَفْسِيرَ الْجَمْعِ بين الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ هو أَنْ يَقْطَعَهُ الْإِمَامُ وَلَا يَحْسِمُ مَوْضِعَ الْقَطْعِ بَلْ يَتْرُكُهُ حتى يَمُوتَ وَعِنْدَهُمَا يُقْتَلُ وَلَا يُقْطَعُ

وَمَنْ أَخَافَ ولم يَأْخُذْ مَالًا وَلَا قَتَلَ نَفْسًا يُنْفَى

وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في قَاطِعِ الطَّرِيقِ مُخَيَّرٌ بين الْأَجْزِيَةِ الْمَذْكُورَةِ

وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُهُ عز وجل { إنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ في الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أو يُصَلَّبُوا أو تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ من خِلَافٍ أو يُنْفَوْا من الْأَرْضِ } احْتَجَّ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ بِظَاهِرِ الْآيَةِ

وهو أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ذَكَرَ الْأَجْزِيَةَ فيها بِحَرْفِ (أو) وإنها لِلتَّخْيِيرِ كما في كَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَكَفَّارَةِ جَزَاءِ الصَّيْدِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِحَقِيقَةِ هذا الْحَرْفِ إلَّا حَيْثُ قام الدَّلِيلُ بِخِلَافِهَا

وَلَنَا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إجْرَاءُ الْآيَةِ على ظَاهِرِ التَّخْيِيرِ في مُطْلَقِ الْمُحَارِبِ لِأَنَّ الْجَزَاءَ على قَدْرِ الْجِنَايَةِ يَزْدَادُ بِزِيَادَةِ الْجِنَايَةِ وَيَنْتَقِصُ بِنُقْصَانِهَا

هذا هو مُقْتَضَى الْعَقْلِ وَالسَّمْعِ أَيْضًا

قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا } فَالتَّخْيِيرُ في الْجِنَايَةِ الْقَاصِرَةِ بِالْجَزَاءِ في الْجَزَاءِ الذي هو جَزَاءٌ في الْجِنَايَةِ الْكَامِلَةِ وفي الْجِنَايَةِ الْكَامِلَةِ بِالْجَزَاءِ الذي هو جَزَاءٌ في الْجِنَايَةِ الْقَاصِرَةِ خِلَافُ الْمَشْرُوعِ

يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْأُمَّةَ اجْتَمَعَتْ على أَنَّ الْقُطَّاعَ لو أَخَذُوا الْمَالَ وَقَتَلُوا لَا يُجَازُونَ بِالنَّفْيِ وَحْدَهُ وَإِنْ كان ظَاهِرُ الْآيَةِ يَقْتَضِي التَّخْيِيرَ بين الْأَجْزِيَةِ الأربعة (((الأربع))) دَلَّ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْعَمَلُ بِظَاهِرِ التَّخْيِيرِ على أَنَّ التَّخْيِيرَ الْوَارِدَ في الْأَحْكَامِ الْمُخْتَلِفَةِ من حَيْثُ الصُّورَةُ بِحَرْفِ التَّخْيِيرِ إنَّمَا يَجْرِي على ظَاهِرِهِ إذَا كان سَبَبُ الْوُجُوبِ وَاحِدًا كما في كَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَكَفَّارَةِ جَزَاءِ الصَّيْدِ

أَمَّا إذَا كان مُخْتَلِفًا فَيُخَرَّجُ مَخْرَجَ بَيَانِ الْحُكْمِ لِكُلٍّ في نَفْسِهِ كما في قَوْله تَعَالَى { قُلْنَا يا ذَا الْقَرْنَيْنِ إمَّا أَنْ تُعَذِّبَ وَإِمَّا أَنْ تَتَّخِذَ فِيهِمْ حُسْنًا } إنَّ ذلك ليس لِلتَّخْيِيرِ بين الْمَذْكُورِينَ بَلْ لِبَيَانِ الْحُكْمِ لِكُلٍّ في نَفْسِهِ لِاخْتِلَافِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَتَأْوِيلُهُ إمَّا أَنْ تُعَذِّبَ من ظَلَمَ أو تَتَّخِذَ الْحُسْنَ فِيمَنْ آمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا

أَلَا تَرَى إلَى قَوْلِهِ { أَمَّا من ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُ } الْآيَةُ { وَأَمَّا من آمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُ جَزَاءً الْحُسْنَى }

الْآيَةُ
وَقَطْعُ الطَّرِيقِ مُتَنَوِّعٌ في نَفْسِهِ وَإِنْ كان مُتَّحِدًا من حَيْثُ الذَّاتُ قد يَكُونُ بِأَخْذِ الْمَالِ وَحْدَهُ وقد يَكُونُ بِالْقَتْلِ لَا غَيْرُ وقد يَكُونُ بِالْجَمْعِ بين الْأَمْرَيْنِ وقد يَكُونُ بِالتَّخْوِيفِ لَا غَيْرُ فَكَانَ سَبَبُ الْوُجُوبِ مُخْتَلِفًا فَلَا يُحْمَلُ على التَّخْيِيرِ بَلْ على بَيَانِ الْحُكْمِ لِكُلِّ نَوْعٍ أو يُحْتَمَلُ هذا وَيُحْتَمَلُ ما ذَكَرْتُمْ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ وإذا لم يُمْكِنْ صُرِفَتْ الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ إلَى ظَاهِرِ التَّخْيِيرِ في مُطْلَقِ الْمُحَارِبِ
فأما أَنْ يُحْمَلَ على التَّرْتِيبِ وَيُضْمَرَ في كل حُكْمٍ مَذْكُورٍ نَوْعٌ من أَنْوَاعِ قَطْعِ الطَّرِيقِ كَأَنَّهُ قال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { إنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ في الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أو يُصَلَّبُوا } إنْ أَخَذُوا الْمَالَ وَقَتَلُوا أو تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ من خِلَافٍ إنْ أَخَذُوا الْمَالَ لَا غَيْرُ أو يُنْفَوْا من الْأَرْضِ إنْ أَخَافُوا
هَكَذَا ذَكَرَ سَيِّدُنَا جِبْرِيلُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِرَسُولِ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لَمَّا قَطَعَ أبو بُرْدَةَ رضي اللَّهُ عنه بِأَصْحَابِهِ الطَّرِيقَ على أُنَاسٍ جَاءُوا يُرِيدُونَ الْإِسْلَامَ أَنَّ من قَتَلَ قُتِلَ وَمَنْ أَخَذَ الْمَالَ ولم يَقْتُلْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ من خِلَافٍ وَمَنْ قَتَلَ وَأَخَذَ الْمَالَ صُلِبَ وَمَنْ جاء مُسْلِمًا هَدَمَ الْإِسْلَامُ ما كان قَبْلَهُ من الشِّرْكِ وَإِلَى هذا التَّأْوِيلِ يَذْهَبُ عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما وَإِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيّ وإماأن يُعْمَلَ بِظَاهِرِ التَّخْيِيرِ بين الْأَجْزِيَةِ الثَّلَاثَةِ لَكِنْ في مُحَارِبٍ خَاصٍّ وهو الذي أَخَذَ الْمَالَ وَقَتَلَ فَكَانَ الْعَمَلُ بِظَاهِرِ التَّخْيِيرِ على هذا الْوَجْهِ أَقْرَبَ من ظَاهِرِ الْآيَةِ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى جَمَعَ بين الْقَتْلِ وَقَطْعِ الطَّرِيقِ في الذِّكْرِ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { إنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ في الْأَرْضِ فَسَادًا } فَالْمُحَارَبَةُ هِيَ الْقَتْلُ وَالْفَسَادُ في الْأَرْضِ هو قَطْعُ الطَّرِيقِ فَأَوْجَبَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَحَدَ الْأَجْزِيَةِ من الْفِعْلَيْنِ بِمَا ذَكَرَ وَفِيهِ عَمَلٌ بِحَقِيقَةِ حَرْفِ التَّخْيِيرِ وَعَمَلٌ بِحَقِيقَةِ ما أُضِيفَ إلَيْهِ الْجَزَاءُ وهو ما ذَكَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى من الْمُحَارَبَةِ وَالسَّعْيِ في الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ فَكَانَ أَقْرَبَ إلَى ظَاهِرِ الْآيَةِ
إلَى هذا التَّأْوِيلِ يَذْهَبُ الْحَسَنُ وابن الْمُسَيِّبِ وَمُجَاهِدٌ وَغَيْرُهُمْ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ ثُمَّ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَخَذَا بِالتَّأْوِيلِ الْأَوَّلِ وهو تَأْوِيلُ التَّرْتِيبِ في الْمُحَارِبِ إذَا أَخَذَ الْمَالَ
وَقِيلَ إنَّهُ يُقْتَلُ لَا غَيْرُ
لِأَنَّ سَيِّدَنَا جِبْرِيلَ عليه السلام ذَكَرَ لِرَسُولِ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم على ما مَرَّ
وَحَدُّ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ لم يُعْرَفْ إلَّا بهذا النَّصِّ وَلِأَنَّ أَخْذَ الْمَالِ وَالْقَتْلَ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَهِيَ جِنَايَةُ قَطْعِ الطَّرِيقِ فَلَا يُقَابَلُ إلَّا بِعُقُوبَةٍ وَاحِدَةٍ وَالْقَتْلُ وَالْقَطْعُ عُقُوبَتَانِ على أَنَّهُمَا إنْ كَانَتَا جِنَايَتَيْنِ يَجِبُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا جَزَاءٌ عِنْدَ الِانْفِرَادِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى لَكِنَّهُمَا إذَا اجْتَمَعَا يَدْخُلُ ما دُونَ النَّفْسِ في النَّفْسِ كَالسَّارِقِ إذَا زَنَى وهو مُحْصَنٌ وَكَمَنْ زنا وهو غَيْرُ مُحْصَنٍ ثُمَّ أُحْصِنَ فَزَنَى أَنَّهُ يُرْجَمُ لَا غَيْرُ كَذَا هَهُنَا وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ في إقَامَةِ الْقَطْعِ لِأَنَّ ما هو الْمَقْصُودُ من الْحَدِّ وهو الزَّجْرُ وما هو غَيْرُ مَقْصُودٍ بِهِ وهو التَّكْفِيرُ يَحْصُلُ بِالْقَتْلِ وَحْدَهُ فَلَا يُفِيدُ الْقَطْعُ فَلَا يُشْرَعُ وأبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَخَذَ بِالتَّأْوِيلِ الثَّانِي وهو التَّخْيِيرُ بين

الْأَجْزِيَةِ الثَّلَاثَةِ في الْمُحَارِبِ الذي جَمَعَ بين أَخْذِ الْمَالِ وَالْقَتْلِ وهو أَحَقُّ التَّأْوِيلَيْنِ لِلْآيَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ فيه عَمَلًا بِحَقِيقَةِ حَرْفِ التَّخْيِيرِ وَبِحَقِيقَةِ ما أُضِيفَ إلَيْهِ الْجَزَاءُ وهو الْمُحَارَبَةُ وَالسَّعْيُ في الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ فَكَانَ أَقْرَبَ إلَى ظَاهِرِ الْآيَةِ

وَإِنَّمَا عَرَفْنَا حُكْمَ أَخْذِ الْمَالِ وَحْدَهُ وَحُكْمَ الْقَتْلِ وَحْدَهُ لَا بِهَذِهِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ وَلَكِنْ بِحَدِيثِ سَيِّدِنَا جِبْرِيلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أو غَيْرِهِ أو بِالِاسْتِدْلَالِ بِحَالَةِ الِاجْتِمَاعِ وهو أَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الْجَمْعُ بين الْمُوجِبَيْنِ عِنْدَ وُجُودِ الْقَطْعَيْنِ يَجِبُ الْقَبُولُ بِإِفْرَادِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ الِانْفِرَادِ وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ إنَّهُ يقول في تَأْوِيلِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ بِالتَّرْتِيبِ فَيُوجِبُ الصَّلْبَ بِظَاهِرِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ

وَالْقَطْعَ بِالِاسْتِدْلَالِ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ أَنَّهُ يَجِبُ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَعِنْدَ الِاجْتِمَاعِ يَجِبُ أَنْ يُجْمَعَ إلَّا أَنَّ في بَعْضِ الْمَوَاضِعِ قام دَلِيلُ إسْقَاطِ الْأَخَفِّ ولم يَقُمْ هَهُنَا بَلْ قام دَلِيلُ الْوُجُوبِ لِأَنَّ مَبْنَى هذا الْبَابِ على التَّغْلِيظِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُجْمَعُ بين قَطْعِ الْيَدِ وَالرِّجْلِ في أَخْذِ الْمَالِ وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا في أَخْذِ الْمَالِ في الْمِصْرِ وَكَذَلِكَ يُصْلَبُ في الْقَتْلِ وَحْدَهُ هَهُنَا ولم يَجِبْ أَنْ يُصْلَبَ في غَيْرِهِ من الْقَتْلِ في الْمِصْرِ فَكَذَا جَازَ أَنْ يُجْمَعَ بين الْمُوجِبَيْنِ عِنْدَ مُبَاشَرَةِ النَّوْعَيْنِ هَهُنَا دُونَ سَائِرِ الْمَوَاضِعِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ

(7/94)

وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الصَّلْبِ فَقَدْ رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يُصْلَبُ حَيًّا ثُمَّ يُطْعَنُ بِرُمْحٍ حتى يَمُوتَ وَكَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ وَعَنْ أبي عُبَيْدٍ أَنَّهُ يُقْتَلُ ثُمَّ يُصْلَبُ وَكَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لأن الطلب (((الصلب))) حَيًّا من بَابِ الْمُثْلَةِ وقد نهى النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن الْمُثْلَةِ

وَالصَّحِيحُ هو الْأَوَّلُ لِأَنَّ الصَّلْبَ في هذا الْبَابِ شُرِعَ لِزِيَادَةٍ في الْعُقُوبَةِ تَغْلِيظًا وَالْمَيِّتُ ليس من أَهْلِ الْعُقُوبَةِ وَلِأَنَّهُ لو جَازَ أَنْ يُقَالَ يُصْلَبُ بَعْدَ الْمَوْتِ لَجَازَ أَنْ يُقَالَ تُقْطَعُ يَدُهُ وَرِجْلُهُ من خِلَافٍ بَعْدَ الْمَوْتِ وَذَلِكَ بَعِيدٌ فَكَذَا هذا وَالْمُرَادُ في الْمُثْلَةِ في الحديث قَطْعُ بَعْضِ الْجَوَارِحِ كَذَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَقِيلَ إذَا صَلَبَهُ الْإِمَامُ تَرَكَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عِبْرَةً لِلْخَلْقِ ثُمَّ يُخَلِّي بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِهِ لِأَنَّهُ بَعْدَ الثَّلَاثِ يَتَغَيَّرُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الناس

وَأَمَّا النَّفْيُ في قَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { أو يُنْفَوْا من الْأَرْضِ } فَقَدْ اخْتَلَفَ أَهْلُ التَّأْوِيلِ فيه

قال بَعْضُهُمْ الْمُرَادُ منه وَيُنْفَوْا من الْأَرْضِ بِحَذْفِ الْأَلِفِ وَمَعْنَاهُ وَيُنْفَوْا من الْأَرْضِ بِالْقَتْلِ وَالصَّلْبِ إذ هو النَّفْيُ من وَجْهِ الْأَرْضِ حَقِيقَةً

وَهَذَا على قَوْلِ من تَأَوَّلَ الْآيَةَ الشَّرِيفَةَ في الْمُحَارِبِ الذي أَخَذَ الْمَالَ

وَقِيلَ إنَّ الْإِمَامَ يَكُونُ مُخَيَّرًا بين الْأَجْزِيَةِ الثَّلَاثَةِ

وَالنَّفْيِ من الْأَرْضِ ليس غَيْرُ وَاحِدٍ من هذه الثَّلَاثَةِ في التَّخْيِيرِ لِأَنَّ بِالْقَتْلِ وَالصَّلْبِ يَحْصُلُ النَّفْيُ فَكَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ النَّفْيُ مُشَارِكًا الْأَجْزِيَةَ الثَّلَاثَةَ في التَّخْيِيرِ لِأَنَّهُ لَا يُزَاحِمُ الْقَتْلَ لِأَنَّهُ دُونَهُ بِكَثِيرٍ

وَقِيلَ نَفْيُهُ أَنْ يُطْرَدَ حتى يَخْرُجَ من دَارِ الْإِسْلَامِ وهو قَوْلُ الْحَسَنِ

وَعَنْ إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في رِوَايَةٍ أَنَّ نَفْيَهُ طَلَبُهُ

وَبِهِ قال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يُطْلَبُ في كل بَلَدٍ
وَالْقَوْلَانِ لَا يَصِحَّانِ لِأَنَّهُ إنْ طُلِبَ في الْبَلَدِ الذي قَطَعَ الطَّرِيقَ وَنُفِيَ عنه فَقَدْ أَلْقِي ضَرَرَهُ إلَى بَلَدٍ آخَرَ وَإِنْ طُلِبَ من كل بَلَدٍ من بِلَادِ الْإِسْلَامِ وَنُفِيَ عنه يَدْخُلُ دَارَ الْحَرْبِ وَفِيهِ تَعْرِيضٌ له على الْكُفْرِ وَجَعْلُهُ حَرْبًا لنا
وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَعَنْ النَّخَعِيّ رَحِمَهُ اللَّهُ في رِوَايَةٍ أُخْرَى أَنَّهُ يُحْبَسُ حتى يُحْدِثَ تَوْبَةً وَفِيهِ نَفْيٌ عن وَجْهِ الْأَرْضِ مع قِيَامِ الْحَيَاةِ إلَّا عن الْمَوْضِعِ الذي حُبِسَ فيه
وَمِثْلُ هذا في عُرْفِ الناس يُسَمَّى نَفْيًا عن وَجْهِ الْأَرْضِ وَخُرُوجًا عن الدُّنْيَا كما أُنْشِدَ لِبَعْضِ الْمَحْبُوسِينَ خَرَجْنَا من الدُّنْيَا وَنَحْنُ من أَهْلِهَا فَلَسْنَا من الْأَحْيَاءِ فيها وَلَا الْمَوْتَى إذَا جَاءَنَا السَّجَّانُ يَوْمًا لِحَاجَةٍ عَجِبْنَا وَقُلْنَا جاء هذا من الدُّنْيَا فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَاتُ هذا الْحُكْمِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنَّهُ يَنْفِي وُجُوبَ ضَمَانِ الْمَالِ وَالْجِرَاحَاتِ عَمْدًا كانت الْجِرَاحَةُ أو خَطَأً
أَمَّا الْمَالُ فَلِأَنَّهُ لَا يُجْمَعُ بين الْحَدِّ وَالضَّمَانِ عِنْدَنَا
وَأَمَّا الْجِرَاحَاتُ إذَا كانت خَطَأً فَلِأَنَّهَا تُوجِبُ الضَّمَانَ
وَإِنْ كانت عَمْدًا فَلِأَنَّ الْجِنَايَةَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يُسْلَكُ بها مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ وَلَا يَجِبُ ضَمَانُ الْمَالِ فَكَذَا ضَمَانُ الْجِرَاحَاتِ
وقد ذَكَرْنَا ما يَتَعَلَّقُ من الْمَسَائِلِ بهذا الْأَصْلِ في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَمِنْهَا أَنْ يَجْرِيَ فيها التَّدَاخُلُ حتى لو قَطَعَ قَطَعَاتٍ فَرُفِعَ في بَعْضِهَا فَقُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ فِيمَا رُفِعَ فيه كان ذلك لِلْقِطْعَاتِ كُلِّهَا كما في السَّرِقَةِ إلَّا أَنَّ ثَمَّةَ التَّدَاخُلَ لِاحْتِمَالِ عَدَمِ الْفَائِدَةِ مع بَقَاءِ مَحِلِّ الْقَطْعِ وهو الرِّجْلُ الْيُسْرَى وَهَهُنَا التَّدَاخُلُ لِعَدَمِ الْمَحِلِّ وَالْكَلَامُ في الضَّمَانِ فِيمَا لم يُخَاصَمْ فيه ما هو الْكَلَامُ في السَّرِقَةِ
أَنَّهُ إذَا كان الْمَالُ قَائِمًا يَرُدُّهُ وَإِنْ كان هَالِكًا فَعَلَى الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ العفة ((العفو)) وَالْإِسْقَاطُ وَالْإِبْرَاءُ وَالصُّلْحُ عنه فَكُلُّ ما وَجَبَ على قَاطِعِ الطَّرِيقِ من قَتْلٍ أو قَطْعٍ أو صَلْبٍ يُسْتَوْفَى منه سَوَاءٌ عَفَا الْأَوْلِيَاءُ وَأَرْبَابُ الْأَمْوَالِ عن ذلك أو لم يعفوا ((يعفو)) وسواء أَبْرَءُوا منه أو صَالَحُوا عليه وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَيْضًا إذَا ثَبَتَ ذلك عِنْدَهُ تَرْكُهُ وَإِسْقَاطُهُ وَالْعَفْوُ عنه
لِأَنَّ الْوَاجِبَ حَدٌّ وَالْحُدُودُ حُقُوقُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فَلَا يَعْمَلُ فيها الْعَبْدُ وَلَا صُلْحُهُ وَلَا الْإِبْرَاءُ عنها
فَصْلٌ وَأَمَّا مَحِلُّ إقَامَةِ هذا الْحُكْمِ فَنَقُولُ مَحِلُّ إقَامَةِ هذا الْحُكْمِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْحُكْمِ فَإِنْ كان الْحُكْمُ هو الْقَتْلُ بِأَنْ قَتَلَ أو أَخَذَ الْمَالَ وَقَتَلَ أو الْحَبْسُ بِأَنْ لم يَأْخُذْ الْمَالَ ولم يَقْتُلْ وَلَكِنَّهُ خَوَّفَ لَا غَيْرُ فَمَحِلُّ إقَامَتِهِ النَّفْسُ وَإِنْ كان الْحُكْمُ هو الْقَطْعُ بِأَنْ أَخَذَ الْمَالَ لَا غَيْرُ فَمَحِلُّ إقَامَتِهِ الْيَدُ اليمين ((اليمنى)) وَالرِّجْلُ الْيُسْرَى لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { أو تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ من خِلَافٍ } وَيُعْتَبَرُ في ذلك سَلَامَةُ الْيَدِ الْيُسْرَى وَالرِّجْلِ الْيُمْنَى على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَكَذَلِكَ حُكْمُ فِعْلِ الْحَدَّادِ إذَا قَطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى مَكَانَ الْيُمْنَى مُتَعَمِّدًا أو مُخْطِئًا وَحُكْمُ فِعْلِ الْأَجْنَبِيِّ إذَا قَطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى خَطَأً أو عَمْدًا هَهُنَا

مِثْلُ الْحُكْمِ في السَّرِقَةِ وقد اسْتَوْفَيْنَا الْكَلَامَ فيه في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَكَذَا مَحِلُّ الْقَطْعِ من الْيَدِ الْيُمْنَى هو الْمَفْصِلُ كما في السَّرِقَةِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يُقِيمُ هذا الْحُكْمَ فَالَّذِي يُقِيمُهُ الْإِمَامُ أو من وَلَّاهُ الْإِمَامُ الْإِقَامَةَ
ليس إلَى الْأَوْلِيَاءِ وَلَا إلَى أَرْبَابِ الْأَمْوَالِ شَيْءٌ بَلْ يُقِيمُهُ الْإِمَامُ طَالَبَ الْأَوْلِيَاءُ وَأَرْبَابُ الْأَمْوَالِ بِالْإِقَامَةِ أو لم يُطَالِبُوا وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمَوْلَى يَمْلِكُ إقَامَةَ الْحَدِّ على مَمْلُوكِهِ من غَيْرِ تَوْلِيَةِ الْإِمَامِ وَالْكَلَامُ في هذا الْفَصْلِ على الِاسْتِقْصَاءِ ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ الْحُدُودِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُسْقِطُ هذا الْحُكْمَ بَعْدَ وُجُوبِهِ فَالْمُسْقِطُ له بَعْدَ الْوُجُوبِ أَشْيَاءُ ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ السَّرِقَةِ منها تَكْذِيبُ الْمَقْطُوعِ عليه الْقَاطِعَ في إقْرَارِهِ بِقَطْعِ الطَّرِيقِ أَنَّهُ لم يَقْطَعْ عليه الطَّرِيقَ
وَمِنْهَا رُجُوعُ الْقَاطِعِ عن إقْرَارِهِ يقطع (((بقطع))) الطَّرِيقِ وَمِنْهَا تَكْذِيبُ الْمَقْطُوعِ عليه الْبَيِّنَةَ
وَمِنْهَا مِلْكُ الْقَاطِعِ الْمَقْطُوعَ له وهو الْمَالُ قبل التَّرَافُعِ أو بَعْدَهُ على التَّفْصِيلِ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَاهُ في كِتَابِ السَّرِقَةِ
وَمِنْهَا تَوْبَةُ الْقَاطِعِ قبل أَنْ يَقْدِرَ عليه لِقَوْلِهِ تَعَالَى { إلَّا الَّذِينَ تَابُوا من قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عليهم فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } أَيْ رَجَعُوا عَمَّا فَعَلُوا فَنَدِمُوا على ذلك وَعَزَمُوا على أَنْ لَا يفعلون (((يفعلوا))) مثله في الْمُسْتَقْبَلِ فَدَلَّتْ هذه الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ على أَنَّ قَاطِعَ الطَّرِيقِ إذَا تَابَ قبل أَنْ يُظْفَرَ بِهِ يَسْقُطُ عنه الْحَدُّ وَتَوْبَتُهُ بِرَدِّ الْمَالِ على صَاحِبِهِ إنْ كان أَخَذَ الْمَالَ لَا غَيْرُ مع الْعَزْمِ على أَنْ لَا يَفْعَلَ مثله في الْمُسْتَقْبَلِ وَيَسْقُطُ عنه الْقَطْعُ أَصْلًا وَيَسْقُطُ عن الْقَتْلُ حَدًّا
وَكَذَلِكَ إنْ أَخَذَ الْمَالَ وَقَتَلَ حتى لم يَكُنْ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْتُلَهُ وَلَكِنْ يَدْفَعُهُ إلَى أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ لِيَقْتُلُوهُ قِصَاصًا إنْ كان الْقَتْلُ بِسِلَاحٍ على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَإِنْ لم يَأْخُذْ الْمَالَ ولم يَقْتُلْ فَتَوْبَتُهُ النَّدَمُ على ما فَعَلَ وَالْعَزْمُ على تَرْكِ مِثْلِهِ في الْمُسْتَقْبَلِ وهو أَنْ يَأْتِيَ الْإِمَامَ عن طَوْعٍ وَاخْتِيَارٍ وَيُظْهِرَ التَّوْبَةَ عِنْدَهُ وَيَسْقُطُ عنه الْحَبْسُ لِأَنَّ الْحَبْسَ لِلتَّوْبَةِ وقد تَابَ فَلَا مَعْنَى لِلْحَبْسِ
وَكَذَلِكَ السَّرِقَةُ الصُّغْرَى إذَا تَابَ السَّارِقُ قبل أَنْ يُظْفَرَ بِهِ وَرَدَّ الْمَالَ إلَى صَاحِبِهِ يَسْقُطُ عنه الْقَطْعُ بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُدُودِ أنها لَا تَسْقُطُ بِالتَّوْبَةِ
وَالْفَرْقُ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ في السَّرِقَةِ الصُّغْرَى وَالْكُبْرَى لِأَنَّ مَحِلَّ الْجِنَايَةِ خَالِصُ حَقِّ الْعِبَادِ وَالْخُصُومَةُ تَنْتَهِي بِالتَّوْبَةِ وَالتَّوْبَةُ تَمَامُهَا بِرَدِّ الْمَالِ إلَى صَاحِبِهِ فإذا وَصَلَ الْمَالُ إلَى صَاحِبِهِ لم يَبْقَ له حَقُّ الْخُصُومَةِ مع السَّارِقِ بِخِلَافِ سَائِرِ الْحُدُودِ فإن الْخُصُومَةَ فيها لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَعَدَمُهَا لَا يَمْنَعُ من إقَامَةِ الْحُدُودِ وفي حَدِّ الْقَذْفِ إنْ كانت شَرْطًا لَكِنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالتَّوْبَةِ لِأَنَّ بُطْلَانَهَا بِرَدِّ الْمَالِ إلَى صَاحِبِهِ ولم يُوجَدْ
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ كَتَبَ إلَيْهِ عَامِلُهُ بِالْبَصْرَةِ إن حَارِثَةَ بن زَيْدٍ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَسَعَى في الْأَرْضِ فَسَادًا
فَكَتَبَ إلَيْهِ سَيِّدُنَا عَلِيٌّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ حَارِثَةَ قد تَابَ قبل أَنْ تَقْدِرَ عليه فَلَا تَتَعَرَّضْ له إلَّا بِخَيْرٍ
هذا إذَا تَابَ قَاطِعُ الطَّرِيقِ قبل الْقُدْرَةِ عليه فَأَمَّا إذَا تَابَ بعدما قُدِرَ عليه بِأَنْ

أَخَذَ ثُمَّ تَابَ لَا يَسْقُطُ عنه الْحَدُّ لِأَنَّ التَّوْبَةَ عن السَّرِقَةِ إذَا أَخَذَ الْمَالَ بِرَدِّ الْمَالِ على صَاحِبِهِ وَبَعْدَ الْأَخْذِ لَا يَكُونُ رَدُّ الْمَالِ بَلْ يَكُونُ اسْتِرْدَادًا منه جَبْرًا فَلَا يَسْقُطُ الْحَدُّ وإذا لم يَأْخُذْ الْمَالَ فَهُوَ بَعْدَ الْأَخْذِ مُتَّهَمٌ في إظْهَارِ التَّوْبَةِ فَلَا تَتَحَقَّقُ تَوْبَتُهُ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ سُقُوطِ الْحَدِّ بَعْدَ الْوُجُوبِ وَحُكْمُ عَدَمِ الْوُجُوبِ لِمَانِعٍ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا سَقَطَ الْحَدُّ بَعْدَ التَّوْبَةِ قبل أَنْ يُقْدَرَ عليهم فَإِنْ كَانُوا أَخَذُوا الْمَالَ لَا غَيْرُ رَدُّوهُ على صَاحِبِهِ إنْ كان قَائِمًا وَإِنْ كان هَالِكًا أو مُسْتَهْلَكًا فَعَلَيْهِمْ الضَّمَانُ وَإِنْ كَانُوا قَتَلُوا لَا غَيْرُ يُدْفَعُ من قَتَلَ منهم بِسِلَاحٍ إلَى الْأَوْلِيَاءِ لِيَقْتُلُوهُ أو يعفو (((يعفوا))) عنه
وَمَنْ قَتَلَ بِعَصًا أو حَجَرٍ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ لِوَرَثَةِ الْمَقْتُولِ وَإِنْ كَانُوا أَخَذُوا الْمَالَ وَقَتَلُوا فَحُكْمُ أَخْذِ الْمَالِ وَالْقَتْلِ عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ ما هو حُكْمُهُمَا عِنْدَ الِانْفِرَادِ وقد ذَكَرْنَاهُ
وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَدَّ إذَا سَقَطَ بِالتَّوْبَةِ قبل الْقُدْرَةِ صَارَ حُكْمُ الْقَتْلِ وَأَخْذُ الْمَالِ وَهَلَاكُهُ وَاسْتِهْلَاكُهُ ما هو حُكْمُهَا في غَيْرِ قَطْعِ الطَّرِيقِ ما قُلْنَا وَإِنْ كَانُوا أَخَذُوا الْمَالَ وَجَرَحُوا أو أَخَذُوا الْمَالَ وَقَتَلُوا وَجَرَحُوا قَوْمًا أو جَرَحُوا قَوْمًا ولم يَكُنْ منهم أَخْذٌ وَلَا قَتْلٌ فَحُكْمُ الْقَتْلِ وَالْمَالِ ما ذَكَرْنَا وَالْجِرَاحَاتُ فيها الْقِصَاصُ فِيمَا يَقْدِرُ

فيه على الْقِصَاصِ وَالْأَرْشُ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عليه لِأَنَّ عِنْدَ سُقُوطِ الْحَدِّ صَارَ كَأَنَّ الْجِرَاحَةَ حَصَلَتْ من غَيْرِ قَطْعِ الطَّرِيقِ وَلَوْ كان كَذَلِكَ كان حُكْمُهُ ما ذَكَرْنَا فَكَذَا هذا
وَكَذَلِكَ إنْ قُدِرَ عليهم قبل التَّوْبَةِ ولم يَكُنْ منهم قَتْلٌ وَلَا أَخْذُ مَالٍ وقد أَخَافُوا قَوْمًا بِجِرَاحَاتٍ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيمَا يُسْتَطَاعُ فيه الِاقْتِصَاصُ
وَالدِّيَةُ فِيمَا لَا يُسْتَطَاعُ فَيُودَعُونَ السِّجْنَ لِأَنَّ الْحَبْسَ وَجَبَ عليهم تَعْزِيرًا لَا حَدًّا وَالتَّعْزِيرُ لَا تَدْخُلُ فيه الْجِرَاحَةُ بِخِلَافِ ما إذَا قُدِرَ عليهم قبل التَّوْبَةِ وقد قَتَلُوا أو أَخَذُوا الْمَالَ أو جَمَعُوا بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْوَاجِبَ فيه الْحَدُّ فَيَدْخُلُ فيه الْجِرَاحَةُ
وَكَذَلِكَ إذَا سَقَطَ الْحَدُّ بِالرُّجُوعِ عن الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الرُّجُوعَ عن الْإِقْرَارِ يَصِحُّ في حَقِّ سُقُوطِ الْحَدِّ وَلَا يَصِحُّ في حَقِّ ضَمَانِ الْمَالِ وَالْقِصَاصِ فَبَقِيَ إقْرَارُهُ مُعْتَبَرًا في حَقِّهِمَا
وَأَمَّا إذَا كان السُّقُوطُ بِتَكْذِيبِ الْحُجَّةِ من الْإِقْرَارِ أو الْبَيِّنَةِ لَا شَيْءَ عليهم لِأَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ لم يَثْبُتْ لِأَنَّ ثُبُوتَهُ بِالْحُجَّةِ وقد بَطَلَتْ أَصْلًا وَرَأْسًا بِخِلَافِ الرُّجُوعِ عن الْإِقْرَارِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ إقْرَارَ الْمُقِرِّ حُجَّةٌ في حَقِّهِ إلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُهُ بَعْدَ الرُّجُوعِ في حَقِّ الْحَدِّ دَرْءًا لِلْحَدِّ بِالشُّبْهَةِ فَبَقِيَ مُعْتَبَرًا في حَقِّ ضَمَانِ الْمَالِ وَالْقِصَاصِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَعَلَى هذا حُكْمُ عَدَمِ الْوُجُوبِ لِمَانِعٍ بِأَنْ فَاتَ شَرْطٌ من شَرَائِطِ وُجُوبِ الْحَدِّ نحو نُقْصَانِ النِّصَابِ بِأَنْ كان الْمَأْخُوذُ من الْمَالِ لَا يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ منهم عَشَرَةُ دَرَاهِمَ أَنَّهُمْ يَرُدُّونَهُ إنْ كان قَائِمًا وَيَضْمَنُونَ إنْ كان هَالِكًا أو مُسْتَهْلَكًا

وَمَنْ قَتَلَ منهم فَإِنْ كان بِسِلَاحٍ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَإِنْ كان بِعَصًا أو حَجَرٍ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ
وَمَنْ جَرَحَ يُقْتَصُّ منه فِيمَا يُمْكِنُ الْقِصَاصُ وَفِيمَا لَا يُمْكِنُ يَجِبُ الْأَرْشُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْحَدَّ إذَا امْتَنَعَ وُجُوبُهُ فَقَدْ حَصَلَ الْأَخْذُ وَالْقَتْلُ وَالْجِرَاحَةُ من غَيْرِ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ وَحُكْمُهَا في غَيْرِ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ ما قُلْنَا
وَكَذَلِكَ إذَا كان في الْمُحَارِبِينَ صَبِيٌّ أو مَجْنُونٌ حتى امْتَنَعَ وُجُوبُ الْحَدِّ يُدْفَعُ كُلُّ بَالِغٍ عَاقِلٍ قَتَلَ منهم بِسِلَاحٍ إلَى الْأَوْلِيَاءِ فَيَقْتُلُونَ أو يَعْفُونَ وَإِنْ كان الذي وَلِيَ الْقَتْلَ منهم صَبِيٌّ أو مَجْنُونٌ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ وَإِنْ قَتَلَ بِسِلَاحٍ لِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لَيْسَا من أَهْلِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَيْهِمَا فَكَانَ عَمْدُهُمَا خَطَأً وَإِنْ كَانَا أَخَذَا الْمَالَ ضَمِنَا لِأَنَّهُمَا من أَهْلِ وُجُوبِ ضَمَانِ الْمَالِ
وَكَذَلِكَ إذَا امْتَنَعَ وُجُوبُ الْحَدِّ على الْقُطَّاعِ لِمَعْنًى من الْمَعَانِي رَجَعُوا في ذلك إلَى حُكْمِ غَيْرِ الْقُطَّاعِ وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْحُكْمُ الذي يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِ فَهُوَ وُجُوبُ الرَّدِّ إنْ كان قَائِمًا بِعَيْنِهِ وَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ أَيْنَمَا وَجَدَهُ سَوَاءٌ وَجَدَهُ في يَدِ الْمُحَارِبِ أو في يَدِ من مَلَّكَهُ الْمُحَارِبُ بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو غَيْرِ ذلك وَلَوْ تَغَيَّرَ الْمَالُ إلَى الزِّيَادَةِ أو النُّقْصَانِ فَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ في كِتَابِ السَّرِقَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ السِّيَرِ وقد يُسَمَّى كِتَابَ الْجِهَادِ وَالْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ مَعْنَى السِّيَرِ وَالْجِهَادِ لُغَةً وَشَرْعًا وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ الْجِهَادِ وفي بَيَانِ من يُفْتَرَضُ عليه الْجِهَادُ وفي بَيَانِ ما يَنْدُبُ إلَيْهِ الْإِمَامُ عِنْدَ بَعْثِ الْجَيْشِ أو السَّرِيَّةِ إلَى الْجِهَادِ وفي بَيَانِ ما يَجِبُ على الْغُزَاةِ الِافْتِتَاحُ بِهِ حَالَ شُهُودِ الْوَقْعَةِ وفي بَيَانِ من يَحِلُّ قَتْلُهُ من الْكَفَرَةِ وَمَنْ لَا يَحِلُّ وفي بَيَانِ من يَجُوزُ تَرْكُهُ مِمَّنْ لَا يَحِلُّ قَتْلُهُ في دَارِ الْحَرْبِ وَمَنْ لَا يَجُوزُ
وفي بَيَانِ ما يُكْرَهُ حَمْلُهُ إلَى دَارِ الْحَرْبِ وما لَا يُكْرَهُ وفي بَيَانِ ما يَعْتَرِضُ من الْأَسْبَابِ الْمُحَرِّمَةِ لِلْقِتَالِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْغَنَائِمِ وما يَتَّصِلُ بها
وفي بَيَانِ حُكْمِ اسْتِيلَاءِ الْكَفَرَةِ على أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ وفي بَيَانِ أَحْكَامٍ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الدَّارَيْنِ
وفي بَيَانِ أَحْكَامِ الْمُرْتَدِّينَ
وفي بَيَانِ أَحْكَامِ الْغُزَاةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالسِّيَرُ جَمْعُ سِيرَةٍ وَالسِّيرَةُ في اللُّغَةِ تُسْتَعْمَلُ في مَعْنَيَيْنِ أَحَدُهُمَا الطَّرِيقَةُ يُقَالُ هُمَا على سِيرَةٍ وَاحِدَةٍ أَيْ طَرِيقَةٍ وَاحِدَةٍ
وَالثَّانِي الهيأة (((الهيئة))) قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { سَنُعِيدُهَا سِيرَتَهَا الْأُولَى } أَيْ هيأتها (((هيئتها))) فَاحْتَمَلَ تَسْمِيَةُ هذا الْكِتَابِ كِتَابَ السِّيَرِ لِمَا فيه من بَيَانِ طُرُقِ الْغُزَاةِ وهيآتهم (((وهيئاتهم))) مِمَّا لهم وَعَلَيْهِمْ وَأَمَّا الْجِهَادُ في اللُّغَةِ فَعِبَارَةٌ عن بَذْلِ الْجُهْدِ بِالضَّمِّ وهو الْوُسْعُ وَالطَّاقَةُ أو عن الْمُبَالَغَةِ في الْعَمَلِ من الْجَهْدِ بِالْفَتْحِ وفي عُرْفِ الشَّرْعِ يُسْتَعْمَلُ في بَذْلِ الْوُسْعِ وَالطَّاقَةِ بِالْقِتَالِ في سَبِيلِ اللَّهِ عز وجل بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ وَاللِّسَانِ أو غَيْرِ ذلك أو الْمُبَالَغَةِ في ذلك
وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ فَرْضِيَّةِ الْجِهَادِ فَالْأَمْرُ فيه لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إنْ كان النَّفِيرُ عَامًّا وَإِمَّا إنْ لم يَكُنْ فَإِنْ لم يَكُنْ النَّفِيرُ عَامًّا فَهُوَ فَرْضُ كِفَايَةٍ وَمَعْنَاهُ أَنْ يُفْتَرَضَ على جَمِيعِ من هو من أَهْلِ الْجِهَادِ لَكِنْ إذَا قام بِهِ الْبَعْضُ سَقَطَ عن الْبَاقِينَ لِقَوْلِهِ عز وجل { فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ على الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى }

وَعَدَ اللَّهُ عز وجل الْمُجَاهِدِينَ وَالْقَاعِدِينَ الْحُسْنَى
وَلَوْ كان الْجِهَادُ فَرْضَ عَيْنٍ في الْأَحْوَالِ كُلِّهَا لَمَا وَعَدَ الْقَاعِدِينَ الْحُسْنَى لِأَنَّ الْقُعُودَ يَكُونُ حَرَامًا
وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وما كان الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ من كل فِرْقَةٍ منهم طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا في الدِّينِ } الْآيَةَ وَلِأَنَّ ما فُرِضَ له الْجِهَادُ وهو الدَّعْوَةُ إلَى الْإِسْلَامِ وَإِعْلَاءُ الدِّينِ الْحَقِّ وَدَفْعُ شَرِّ الْكَفَرَةِ وَقَهْرِهِمْ يَحْصُلُ بِقِيَامِ الْبَعْضِ بِهِ
وَكَذَا النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يَبْعَثُ السَّرَايَا
وَلَوْ كان فَرْضَ عَيْنٍ في الْأَحْوَالِ كُلِّهَا لَكَانَ لَا يُتَوَهَّمُ منه الْقُعُودُ عنه في حَالٍ وَلَا أَذِنَ غَيْرَهُ بِالتَّخَلُّفِ عنه بِحَالٍ وإذا كان فَرْضًا على الْكِفَايَةِ فَلَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُخَلِّيَ ثَغْرًا من الثُّغُورِ من جَمَاعَةٍ من الْغُزَاةِ فِيهِمْ غنا (((غنى))) وَكِفَايَةٌ لِقِتَالِ الْعَدُوِّ فإذا قَامُوا بِهِ يَسْقُطُ عن الْبَاقِينَ
وَإِنْ ضَعُفَ أَهْلُ ثَغْرٍ عن مُقَاوَمَةِ الْكَفَرَةِ وَخِيفَ عليهم من الْعَدُوِّ فَعَلَى من وَرَاءَهُمْ من الْمُسْلِمِينَ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ أَنْ يَنْفِرُوا إلَيْهِمْ وَأَنْ يَمُدُّوهُمْ بِالسِّلَاحِ وَالْكُرَاعِ وَالْمَالِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ فُرِضَ على الناس كُلِّهِمْ مِمَّنْ هو من أَهْلِ الْجِهَادِ لَكِنَّ الْفَرْضَ يَسْقُطُ عَنْهُمْ بِحُصُولِ الْكِفَايَةِ بِالْبَعْضِ فما لم يَحْصُلْ لَا يَسْقُطُ وَلَا يُبَاحُ لِلْعَبْدِ أَنْ يَخْرُجَ إلَّا بِإِذْنِ مَوْلَاهُ وَلَا الْمَرْأَةُ إلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا لِأَنَّ خِدْمَةَ الْمَوْلَى وَالْقِيَامَ بِحُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ كُلُّ ذلك فَرْضُ عَيْنٍ فَكَانَ مُقَدَّمًا على فَرْضِ الْكِفَايَةِ
وَكَذَا الْوَلَدُ لَا يَخْرُجُ إلَّا بِإِذْنِ وَالِدَيْهِ أو أَحَدِهِمَا إذَا كان الْآخَرُ مَيِّتًا لِأَنَّ بِرَّ الْوَالِدَيْنِ فَرْضُ عَيْنٍ فَكَانَ مُقَدَّمًا على فَرْضِ الْكِفَايَةِ
وَالْأَصْلُ إن كُلَّ سَفَرٍ لَا يُؤْمَنُ فيه الْهَلَاكُ وَيَشْتَدُّ فيه الْخَطَرُ لَا يخل (((يحل))) لِلْوَلَدِ أَنْ يَخْرُجَ إلَيْهِ بِغَيْرِ إذْنِ وَالِدِيهِ لِأَنَّهُمَا يُشْفِقَانِ على وَلَدِهِمَا فَيَتَضَرَّرَانِ بِذَلِكَ
وَكُلُّ سَفَرٍ لَا يَشْتَدُّ فيه الْخَطَرُ يَحِلُّ له أَنْ يَخْرُجَ إلَيْهِ بِغَيْرِ إذْنِهِمَا إذ لم يُضَيِّعْهُمَا لِانْعِدَامِ الضَّرَرِ
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من رَخَّصَ في سَفَرِ التَّعَلُّمِ بِغَيْرِ إذْنِهِمَا لِأَنَّهُمَا لَا يَتَضَرَّرَانِ بِذَلِكَ بَلْ يَنْتَفِعَانِ بِهِ فَلَا يَلْحَقُهُ سِمَةُ الْعُقُوقِ
هذا إذَا لم يَكُنْ النَّفِيرُ عَامًّا فَأَمَّا إذَا عَمَّ النَّفِيرُ بِأَنْ هَجَمَ الْعَدُوُّ على بَلَدٍ فَهُوَ فَرْضُ عَيْنٍ يُفْتَرَضُ على كل وَاحِدٍ من آحَادِ الْمُسْلِمِينَ مِمَّنْ هو قَادِرٌ عليه لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا } قِيلَ نَزَلَتْ في النَّفِيرِ
وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { ما كان لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ من الْأَعْرَابِ أَنْ يَتَخَلَّفُوا عن رسول اللَّهِ وَلَا يَرْغَبُوا بِأَنْفُسِهِمْ عن نَفْسِهِ } وَلِأَنَّ الْوُجُوبَ على الْكُلِّ قبل عُمُومِ النَّفِيرِ ثَابِتٌ لِأَنَّ السُّقُوطَ عن الْبَاقِينَ بِقِيَامِ الْبَعْضِ بِهِ فإذا عَمَّ النَّفِيرُ لَا يَتَحَقَّقُ الْقِيَامُ بِهِ إلَّا بِالْكُلِّ فَبَقِيَ فَرْضًا على الْكُلِّ عَيْنًا بِمَنْزِلَةِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ فَيَخْرُجُ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهُ وَالْمَرْأَةُ بِغَيْرِ إذْنِ زَوْجِهَا لِأَنَّ مَنَافِعَ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ في حَقِّ الْعِبَادَاتِ الْمَفْرُوضَةِ عَيْنًا مُسْتَثْنَاةٌ عن مِلْكِ الْمَوْلَى وَالزَّوْجِ شَرْعًا كما في الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ
وَكَذَا يُبَاحُ لِلْوَلَدِ أَنْ يَخْرُجَ بِغَيْرِ إذْنِ وَالِدَيْهِ لِأَنَّ حَقَّ الْوَالِدَيْنِ لَا يَظْهَرُ في فُرُوضِ الْأَعْيَانِ كَالصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ

وَاَللَّهُ سبحانه وتعالى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يُفْتَرَضُ عليه فَنَقُولُ إنَّهُ لَا يُفْتَرَضُ إلَّا على الْقَادِرِ عليه فَمَنْ لَا قُدْرَةَ له لَا جِهَادَ عليه
لِأَنَّ الْجِهَادَ بَذْلُ الْجُهْدِ وهو الْوُسْعُ وَالطَّاقَةُ بِالْقِتَالِ أو الْمُبَالَغَةُ في عَمَلِ الْقِتَالِ
وَمَنْ لَا وُسْعَ له كَيْفَ يَبْذُلُ الْوُسْعَ وَالْعَمَلَ فَلَا يُفْرَضُ على الْأَعْمَى وَالْأَعْرَجِ وَالزَّمِنِ وَالْمُقْعَدِ وَالشَّيْخِ الْهَرِمِ وَالْمَرِيضِ وَالضَّعِيفِ وَالَّذِي لَا يَجِدُ ما يُنْفِقُ
قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { ليس على الْأَعْمَى حَرَجٌ } الْآيَةَ
وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عز من قَائِلٍ { ليس على الضُّعَفَاءِ وَلَا على الْمَرْضَى وَلَا على الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ ما يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ } فَقَدْ عَذَرَ اللَّهُ جَلَّ شَأْنُهُ هَؤُلَاءِ بِالتَّخَلُّفِ عن الْجِهَادِ وَرَفَعَ الْحَرَجَ عَنْهُمْ
وَلَا جِهَادَ على الصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ لِأَنَّ بِنْيَتَهُمَا لَا تَحْتَمِلُ الْحَرْبَ عَادَةً
وَعَلَى هذا الْغُزَاةُ إذَا جَاءَهُمْ جَمْعٌ من الْمُشْرِكِينَ ما لَا طَاقَةَ لهم بِهِ وَخَافُوهُمْ أَنْ يَقْتُلُوهُمْ فَلَا بَأْسَ لهم أَنْ يَنْحَازُوا إلَى بَعْضِ أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أو إلَى بَعْضِ جُيُوشِهِمْ
وَالْحُكْمُ في هذا الْبَابِ لِغَالِبِ الرَّأْيِ وَأَكْبَرِ الظَّنِّ دُونَ الْعَدَدِ
فَإِنْ غَلَبَ على ظَنِّ الْغُزَاةِ أَنَّهُمْ يُقَاوِمُونَهُمْ يَلْزَمُهُمْ الثَّبَاتُ وَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ عَدَدًا منهم وَإِنْ كان غَالِبُ ظَنِّهِمْ أَنَّهُمْ يَغْلِبُونَ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْحَازُوا إلَى الْمُسْلِمِينَ لِيَسْتَعِينُوا بِهِمْ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ عَدَدًا من الْكَفَرَةِ
وَكَذَا الْوَاحِدُ من الْغُزَاةِ ليس معه سِلَاحٌ مع اثْنَيْنِ منهم مَعَهُمَا سِلَاحٌ أو مع وَاحِدٍ منهم من الكفر (((الكفرة))) وَمَعَهُ سِلَاحٌ لَا بَأْسَ أَنْ يُوَلِّيَ دُبُرَهُ مُتَحَيِّزًا إلَى فِئَةٍ
وَالْأَصْلُ فيه قَوْلُهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أو مُتَحَيِّزًا إلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ من اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ }

اللَّهُ عز شَأْنُهُ نهى الْمُؤْمِنِينَ عن تَوْلِيَةِ الْأَدْبَارِ عَامًّا بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفًا فَلَا تُوَلُّوهُمْ الْأَدْبَارَ } وَأَوْعَدَ عليهم بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أو مُتَحَيِّزًا إلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ من اللَّهِ } الْآيَةَ لِأَنَّ في الْكَلَامِ تَقْدِيمًا وَتَأْخِيرًا مَعْنَاهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفًا فَلَا تُوَلُّوهُمْ الْأَدْبَارَ وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ من اللَّهِ ثُمَّ اسْتَثْنَى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى من (((ومن))) يُوَلِّي دُبُرَهُ لِجِهَةٍ مَخْصُوصَةٍ فقال عز من قَائِلٍ { إلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أو مُتَحَيِّزًا إلَى فِئَةٍ } وَالِاسْتِثْنَاءُ من الْحَظْرِ إبَاحَةٌ فَكَانَ الْمَحْظُورُ تَوْلِيَةً مَخْصُوصَةً وَهِيَ أَنْ يُوَلِّيَ دُبُرَهُ غير محرف (((متحرف))) لِقِتَالٍ وَلَا مُتَحَيِّزٍ إلَى فِئَةٍ فَبَقِيَتْ التَّوْلِيَةُ إلَى جِهَةِ التَّحَرُّفِ وَالتَّحَيُّزِ مُسْتَثْنَاةً من الْحَظْرِ فَلَا تَكُونُ مَحْظُورَةً وَنَظِيرُ هذه الْآيَةِ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { من كَفَرَ بِاَللَّهِ من بَعْدِ إيمَانِهِ إلَّا من أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ من شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ من اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ } أنه على التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ على ما نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْإِكْرَاهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَبِهِ

تَبَيَّنَ أَنَّ الْآيَةَ الشَّرِيفَةَ غَيْرُ مَنْسُوخَةٍ
وَكَذَا قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { إنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ }
وَقَوْلُهُ { وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا } ليس بِمَنْسُوخٍ
لِأَنَّ التَّوْلِيَةَ لِلتَّحَيُّزِ إلَى فِئَةٍ خَصَّ فيها فلم تَكُنْ الْآيَتَانِ مَنْسُوخَتَيْنِ
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَالدَّلِيلُ عليه قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلَّذِينَ فَرُّوا إلَى الْمَدِينَةِ وهو فيها أَنْتُمْ الْكَرَّارُونَ أنا فِئَةُ كل مُسْلِمٍ أَخْبَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّ الْمُتَحَيِّزَ إلَى فِئَةٍ كَرَّارٌ وَلَيْسَ بِفَرَّارٍ من الزَّحْفِ فَلَا يَلْحَقُهُ الْوَعِيدُ
وَعَلَى هذا إذَا كانت الْغُزَاةُ في سَفِينَةٍ فَاحْتَرَقَتْ السَّفِينَةُ وَخَافُوا الْغَرَقَ حَكَّمُوا فيه غَالِبَ رَأْيِهِمْ وَأَكْبَرَ ظَنِّهِمْ فَإِنْ غَلَبَ على رَأْيِهِمْ أَنَّهُمْ لو طَرَحُوا أَنْفُسَهُمْ في الْبَحْرِ لينجو (((لينجوا))) بِالسِّبَاحَةِ وَجَبَ عليهم الطرح (((الطرق))) لِيَسْبَحُوا فَيَتَحَيَّزُوا إلَى فِئَةٍ وَإِنْ اسْتَوَى جَانِبَا الْحَرْقِ وَالْغَرَقِ بِأَنْ كان إذَا قَامُوا حُرِّقُوا وإذا طَرَحُوا غَرِقُوا فَلَهُمْ الْخِيَارُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ لهم أَنْ يَطْرَحُوا أَنْفُسَهُمْ في الْمَاءِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُمْ لو أَلْقَوْا أَنْفُسَهُمْ في الْمَاءِ لَهَلَكُوا وَلَوْ أَقَامُوا في السَّفِينَةِ لَهَلَكُوا أَيْضًا إلَّا أَنَّهُمْ لو طَرَحُوا لَهَلَكُوا بِفِعْلِ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ صَبَرُوا لَهَلَكُوا بِفِعْلِ الْعَدُوِّ فَكَانَ الصَّبْرُ أَقْرَبَ إلَى الْجِهَادِ فَكَانَ أَوْلَى
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ اسْتَوَى الْجَانِبَانِ في الْإِفْضَاءِ إلَى الْهَلَاكِ فَيَثْبُتُ لهم الْخِيَارُ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْهَلَاكُ بِالْغَرَقِ أَرْفَقَ قَوْلُهُ لو أَقَامُوا لَهَلَكُوا بِفِعْلِ الْعَدُوِّ قلنا (((وقلنا))) وَلَوْ طَرَحُوا لَهَلَكُوا بِفِعْلِ الْعَدُوِّ أَيْضًا إذْ الْعَدُوُّ هو الذي أَلْجَأَهُمْ إلَيْهِ فَكَانَ الْهَلَاكُ في الْحَالَيْنِ مُضَافًا إلَى فِعْلِ الْعَدُوِّ ثُمَّ قد يَكُونُ الْهَلَاكُ بِالْغَرَقِ أَسْهَلَ فَيَثْبُتُ لهم الْخِيَارُ
وَلَوْ طُعِنَ مُسْلِمٌ بِرُمْحٍ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمْشِيَ إلَى من طَعَنَهُ من الْكَفَرَةِ حتى يُجْهِزَهُ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِالْمَشْيِ إلَيْهِ بَذْلَ نَفْسِهِ لِإِعْزَازِ دِينِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَتَحْرِيضَ الْمُؤْمِنِينَ على أَنْ لَا يَبْخَلُوا بِأَنْفُسِهِمْ في قِتَالِ أَعْدَاءِ اللَّهِ فَكَانَ جَائِزًا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُنْدَبُ إلَيْهِ الْإِمَامُ عِنْدَ بَعْثِ الْجَيْشِ أو السَّرِيَّةِ إلَى الْجِهَادِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إنَّهُ يُنْدَبُ إلَى أَشْيَاءَ منها أَنْ يُؤَمِّرَ عليهم أَمِيرًا لِأَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم ما بَعَثَ جَيْشًا إلَّا وَأَمَّرَ عليهم أَمِيرًا لِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى الْأَمِيرِ مَاسَّةٌ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ من تَنْفِيذِ الْأَحْكَامِ وَسِيَاسَةِ الرَّعِيَّةِ وَلَا يَقُومُ ذلك إلَّا بِالْأَمِيرِ لِتَعَذُّرِ الرُّجُوعِ في كل حَادِثَةٍ إلَى الْإِمَامِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الذي يُؤَمِّرُ عليهم عَالِمًا بِالْحَلَالِ وَالْحَرَامِ عَدْلًا عَارِفًا بِوُجُوهِ السِّيَاسَاتِ بَصِيرًا بِتَدَابِيرِ الْحُرُوبِ وَأَسْبَابِهَا لِأَنَّهُ لو لم يَكُنْ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَا يَحْصُلُ ما يُنْصَبُ له الْأَمِيرُ
وَمِنْهَا أَنْ يُوصِيَهُ بِتَقْوَى اللَّهِ عز شَأْنُهُ في خَاصَّةِ نَفْسِهِ وَبِمَنْ معه من الْمُؤْمِنِينَ خَيْرًا
كَذَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ كان إذَا بَعَثَ جَيْشًا أَوْصَاهُ بِتَقْوَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى في نَفْسِهِ خَاصَّةً وَبِمَنْ معه من الْمُؤْمِنِينَ خَيْرًا وَلِأَنَّ الْإِمَارَةَ أَمَانَةٌ عَظِيمَةٌ فَلَا يَقُومُ بها إلَّا الْمُتَّقِي وإذا أَمَّرَ عليهم يُكَلِّفُهُمْ طَاعَةَ الْأَمِيرِ فِيمَا يَأْمُرُهُمْ بِهِ وَيَنْهَاهُمْ عنه لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ } وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَلَوْ أُمِّرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ أَجْدَعُ ما حَكَمَ فِيكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَلِأَنَّهُ نَائِبُ الْإِمَامِ وَطَاعَةُ الْإِمَامِ لَازِمَةٌ كَذَا طَاعَتُهُ لِأَنَّهَا

بِمَعْصِيَةٍ فَلَا تَجُوزُ طَاعَتُهُمْ إيَّاهُ فيها لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ في مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ وَلَوْ أَمَرَهُمْ بِشَيْءٍ لَا يَدْرُونَ أَيَنْتَفِعُونَ بِهِ أَمْ لَا فَيَنْبَغِي لهم أَنْ يُطِيعُوهُ فيه إذَا لم يَعْلَمُوا كَوْنَهُ مَعْصِيَةً لِأَنَّ اتِّبَاعَ الْإِمَامِ في مَحَلِّ الِاجْتِهَادِ وَاجِبٌ كَاتِّبَاعِ الْقُضَاةِ في مَوَاضِعِ الِاجْتِهَادِ وَاَللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَجِبُ على الْغُزَاةِ الِافْتِتَاحُ بِهِ حَالَةَ الْوَقْعَةِ وَلِقَاءِ الْعَدُوِّ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إنَّ الْأَمْرَ فيه لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إن كانت الدَّعْوَةُ قد بَلَغَتْهُمْ وَإِمَّا إن كانت لم تَبْلُغْهُمْ فَإِنْ كانت الدَّعْوَةُ لم تَبْلُغْهُمْ فَعَلَيْهِمْ الِافْتِتَاحُ بِالدَّعْوَةِ إلَى الْإِسْلَامِ بِاللِّسَانِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { اُدْعُ إلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِاَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ } وَلَا يَجُوزُ لهم الْقِتَالُ قبل الدَّعْوَةِ لِأَنَّ الْإِيمَانَ وَإِنْ وَجَبَ عليهم قبل بُلُوغِ الدَّعْوَةِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْلِ فَاسْتَحَقُّوا الْقَتْلَ بِالِامْتِنَاعِ لَكِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى حَرَّمَ قِتَالَهُمْ قبل بَعْثِ الرَّسُولِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَبُلُوغِ الدَّعْوَةِ إيَّاهُمْ فَضْلًا منه وَمِنَّةً قَطْعًا لِمَعْذِرَتِهِمْ بِالْكُلِّيَّةِ وَإِنْ كان لَا عُذْرَ لهم في الْحَقِيقَةِ لِمَا أَقَامَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى من الدَّلَائِلِ الْعَقْلِيَّةِ التي لو تَأَمَّلُوهَا حَقَّ التَّأَمُّلِ وَنَظَرُوا فيها لَعَرَفُوا حَقَّ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عليهم لَكِنْ تَفَضَّلَ عليهم بِإِرْسَالِ الرُّسُلِ صَلَوَاتُ اللَّهِ وَسَلَامُهُ عليهم أَجْمَعِينَ لِئَلَّا يَبْقَى لهم شُبْهَةُ عُذْرٍ { لقالوا (((فيقولوا))) رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْت إلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ } وَإِنْ لم يَكُنْ لهم أَنْ يَقُولُوا ذلك في الْحَقِيقَةِ لِمَا بَيَّنَّا وَلِأَنَّ الْقِتَالَ ما فُرِضَ لِعَيْنِهِ بَلْ لِلدَّعْوَةِ إلَى الْإِسْلَامِ وَالدَّعْوَةُ دَعْوَتَانِ دَعْوَةٌ بِالْبَنَانِ وَهِيَ الْقِتَالُ وَدَعْوَةٌ بِالْبَيَانِ وهو اللِّسَانُ وَذَلِكَ بِالتَّبْلِيغِ وَالثَّانِيَةُ أَهْوَنُ من الْأُولَى لِأَنَّ في الْقِتَالِ مُخَاطَرَةَ الرُّوحِ وَالنَّفْسِ وَالْمَالِ وَلَيْسَ في دَعْوَةِ التَّبْلِيغِ شَيْءٌ من ذلك فإذا احْتَمَلَ حُصُولُ الْمَقْصُودِ بِأَهْوَنِ الدَّعْوَتَيْنِ لَزِمَ الِافْتِتَاحُ بها

هذا إذَا كانت الدَّعْوَةُ لم تَبْلُغْهُمْ فَإِنْ كانت قد بَلَغَتْهُمْ جَازَ لهم أَنْ يَفْتَتِحُوا الْقِتَالَ من غَيْرِ تَجْدِيدِ الدَّعْوَةِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْحُجَّةَ لَازِمَةٌ وَالْعُذْرُ في الْحَقِيقَةِ مُنْقَطِعٌ وَشُبْهَةُ الْعُذْرِ انْقَطَعَتْ بِالتَّبْلِيغِ مَرَّةً لَكِنْ مع هذا الْأَفْضَلُ أَنْ لَا يَفْتَتِحُوا الْقِتَالَ إلَّا بَعْدَ تَجْدِيدِ الدَّعْوَةِ لِرَجَاءِ الْإِجَابَةِ في الْجُمْلَةِ

وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لم يَكُنْ يُقَاتِلُ الْكَفَرَةَ حتى يَدْعُوهُمْ إلَى الْإِسْلَامِ فِيمَا كان دَعَاهُمْ غير مَرَّةٍ دَلَّ أَنَّ الِافْتِتَاحَ بِتَجْدِيدِ الدَّعْوَةِ أَفْضَلُ ثُمَّ إذَا دَعَوْهُمْ إلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ أَسْلَمُوا كَفُّوا عَنْهُمْ الْقِتَالَ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ الناس حتى يَقُولُوا لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ فإذا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إلَّا بِحَقِّهَا

وَقَوْلِهِ عليه السلام من قال لَا إلَهَ إلَّا اللَّهُ فَقَدْ عَصَمَ مِنِّي دَمَهُ وَمَالَهُ فَإِنْ أَبَوْا الْإِجَابَةَ إلَى الْإِسْلَامِ دَعَوْهُمْ إلَى الذِّمَّةِ إلَّا مُشْرِكِي الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ لِمَا نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بَعْدُ فَإِنْ أَجَابُوا كَفُّوا عَنْهُمْ لِقَوْلِهِ عليه السلام فَإِنْ قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لهم ما لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ ما على الْمُسْلِمِينَ وَإِنْ أَبَوْا اسْتَعَانُوا بِاَللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى على قِتَالِهِمْ وَوَثِقُوا بِعَهْدِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ

وَتَعَالَى النَّصْرَ لهم بَعْدَ أَنْ بَذَلُوا جُهْدَهُمْ وَاسْتَفْرَغُوا وُسْعَهُمْ وَثَبَتُوا وَأَطَاعُوا اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَرَسُولَهُ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيرًا على ما قال تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إنَّ اللَّهَ مع الصَّابِرِينَ } وَلَهُمْ أَنْ يُقَاتِلُوهُمْ وَإِنْ لم يبدؤوا (((يبدءوا))) بِالدَّعْوَةِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ }

وَسَوَاءٌ كان في الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ أو في غَيْرِهَا لِأَنَّ حُرْمَةَ الْقِتَالِ في الْأَشْهُرِ الْحُرُمِ صَارَتْ مَنْسُوخَةً بِآيَةِ السَّيْفِ وَغَيْرِهَا من آيَاتِ الْقِتَالِ

وَلَا بَأْسَ بِالْإِغَارَةِ وَالْبَيَاتِ عليهم وَلَا بَأْسَ بِقَطْعِ أَشْجَارِهِمْ الْمُثْمِرَةِ وَغَيْرِ الْمُثْمِرَةِ وَإِفْسَادِ زُرُوعِهِمْ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { ما قَطَعْتُمْ من لِينَةٍ أو تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً على أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ }

أَذِنَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِقَطْعِ النَّخِيلِ في صَدْرِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ وَنَبَّهَ في آخِرِهَا أَنَّ ذلك يَكُونُ كَبْتًا وَغَيْظًا لِلْعَدُوِّ بِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ } وَلَا بَأْسَ بِإِحْرَاقِ حُصُونِهِمْ بِالنَّارِ وَإِغْرَاقِهَا بِالْمَاءِ وَتَخْرِيبِهَا وَهَدْمِهَا عليهم وَنَصْبِ الْمَنْجَنِيقِ عليها لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ } وَلِأَنَّ كُلَّ ذلك من بَابِ الْقِتَالِ لِمَا فيه من قَهْرِ الْعَدُوِّ وَكَبْتِهِمْ وَغَيْظِهِمْ وَلِأَنَّ حُرْمَةَ الْأَمْوَالِ لِحُرْمَةِ أَرْبَابِهَا وَلَا حُرْمَةَ لِأَنْفُسِهِمْ حتى يُقْتَلُونَ فَكَيْفَ لِأَمْوَالِهِمْ وَلَا بَأْسَ بِرَمْيِهِمْ بِالنِّبَالِ وَإِنْ عَلِمُوا أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمِينَ من الْأَسَارَى وَالتُّجَّارِ لِمَا فيه من الضَّرُورَةِ إذْ حُصُونُ الْكَفَرَةِ قَلَّمَا تَخْلُو من مُسْلِمٍ أَسِيرٍ أو تَاجِرٍ فَاعْتِبَارُهُ يُؤَدِّي إلَى انْسِدَادِ بَابِ

الْجِهَادِ وَلَكِنْ يَقْصِدُونَ بِذَلِكَ الْكَفَرَةَ دُونَ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ في الْقَصْدِ إلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ بِغَيْرِ حَقٍّ

وَكَذَا إذَا تَتَرَّسُوا بِأَطْفَالِ الْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ بِالرَّمْيِ إلَيْهِمْ لِضَرُورَةِ إقَامَةِ الْفَرْضِ لَكِنَّهُمْ يَقْصِدُونَ الْكُفَّارَ دُونَ الْأَطْفَالِ فَإِنْ رَمَوْهُمْ فَأَصَابَ مُسْلِمًا فَلَا دِيَةَ وَلَا كَفَّارَةَ

وقال الْحَسَنُ بن زِيَادٍ رَحِمَهُ اللَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَجْهُ قَوْلِ الْحَسَنِ أَنَّ دَمَ الْمُسْلِمِ مَعْصُومٌ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُمْنَعَ من الرَّمْيِ إلَّا أَنَّهُ لم يُمْنَعْ لِضَرُورَةِ إقَامَةِ الْفَرْضِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَالضَّرُورَةُ في رَفْعِ الْمُؤَاخَذَةِ لَا في نَفْيِ الضَّمَانِ كَتَنَاوُلِ مال (((ماء))) الْغَيْرِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ أنه رَخَّصَ له التَّنَاوُلَ لَكِنْ يَجِبُ عليه الضَّمَانُ لِمَا ذَكَرْنَا كَذَلِكَ هَهُنا

وَلَنَا أَنَّهُ كما مَسَّتْ الضَّرُورَةُ إلَى دَفْعِ الْمُؤَاخَذَةِ لِإِقَامَةِ فَرْضِ الْقِتَالِ مَسَّتْ الضَّرُورَةُ إلَى نَفْيِ الضَّمَانِ أَيْضًا لِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ يَمْنَعُ من إقَامَةِ الْفَرْضِ لِأَنَّهُمْ يَمْتَنِعُونَ منه خَوْفًا من لُزُومِ الضَّمَانِ

وَإِيجَابِ ما يَمْنَعُ من إقَامَةِ الْوَاجِبِ مُتَنَاقِضٌ وَفَرْضُ الْقِتَالِ لم يَسْقُطْ دَلَّ أَنَّ الضَّمَانَ سَاقِطٌ بِخِلَافِ حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ

لِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ هُنَاكَ لَا يَمْنَعُ من التَّنَاوُلِ

لِأَنَّهُ لو لم يَتَنَاوَلْ لَهَلَكَ

وَكَذَا حَصَلَ له مِثْلُ ما يَجِبُ عليه فَلَا يَمْنَعُ من التَّنَاوُلِ فَلَا يُؤَدِّي إلَى التَّنَاقُضِ
وَلَا يَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ يَسْتَعِينُوا بِالْكُفَّارِ على قِتَالِ الْكُفَّارِ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ غَدْرُهُمْ
إذْ الْعَدَاوَةُ الدِّينِيَّةُ تَحْمِلُهُمْ عليه إلَّا إذَا اُضْطُرُّوا إلَيْهِمْ
وَاَللَّهُ تعالى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يَحِلُّ قَتْلُهُ من الْكَفَرَةِ وَمَنْ لَا يَحِلُّ فَنَقُولُ الْحَالُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ حَالَ الْقِتَالِ أو حَالَ ما بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْقِتَالِ
وَهِيَ ما بَعْدَ الْأَخْذِ وَالْأَسْرِ
أَمَّا حَالَ الْقِتَالِ فَلَا يَحِلُّ فيها قَتْلُ امْرَأَةٍ وَلَا صَبِيٍّ وَلَا شَيْخٍ فَانٍ وَلَا مُقْعَدٍ وَلَا يَابِسِ الشِّقِّ
وَلَا أَعْمَى وَلَا مَقْطُوعِ الْيَدِ وَالرِّجْلِ من خِلَافٍ وَلَا مَقْطُوعِ الْيَدِ الْيُمْنَى وَلَا مَعْتُوهٍ وَلَا رَاهِبٍ في صَوْمَعَةٍ وَلَا سَائِحٍ في الْجِبَالِ لَا يُخَالِطُ الناس وَقَوْمٍ في دَارٍ أو كَنِيسَةٍ تَرَهَّبُوا وَطَبَقَ عليهم الْبَابُ
أَمَّا الْمَرْأَةُ وَالصَّبِيُّ فَلِقَوْلِ النبي صلى الله عليه وسلم لَا تَقْتُلُوا امْرَأَةً وَلَا وَلِيدًا وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَأَى في بَعْضِ غَزَوَاتِهِ امْرَأَةً مَقْتُولَةً فَأَنْكَرَ ذلك وقال صلى الله عليه وسلم هَاهْ ما أَرَاهَا قَاتَلَتْ فَلِمَ قُتِلَتْ وَنَهَى عن قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ
وَلِأَنَّ هَؤُلَاءِ لَيْسُوا من أَهْلِ الْقِتَالِ فَلَا يُقْتَلُونَ
وَلَوْ قَاتَلَ وَاحِدٌ منهم قُتِلَ
وَكَذَا لو حَرَّضَ على الْقِتَالِ أو دَلَّ على عَوْرَاتِ الْمُسْلِمِينَ أو كان الْكَفَرَةُ يَنْتَفِعُونَ بِرَأْيِهِ أو كان مُطَاعًا وَإِنْ كان امْرَأَةً أو صَغِيرًا لِوُجُودِ الْقِتَالِ من حَيْثُ الْمَعْنَى وقد رُوِيَ أَنَّ رَبِيعَةَ بن رَفِيعٍ السُّلَمِيَّ رضي اللَّهُ عنه أَدْرَكَ دُرَيْدَ بن الصِّمَّةِ يوم حُنَيْنٍ فَقَتَلَهُ وهو شَيْخٌ كَبِيرٌ كَالْقُفَّةِ لَا ينتفع (((ينفع))) إلَّا بِرَأْيِهِ فَبَلَغَ ذلك رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم ولم يُنْكِرْ عليه
وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ كُلَّ من كان من أَهْلِ الْقِتَالِ يَحِلُّ قَتْلُهُ سَوَاءٌ قَاتَلَ أو لم يُقَاتِلْ وَكُلُّ من لم يَكُنْ من أَهْلِ الْقِتَالِ لَا يَحِلُّ قَتْلُهُ إلَّا إذَا قَاتَلَ حَقِيقَةً أو مَعْنًى بِالرَّأْيِ وَالطَّاعَةِ وَالتَّحْرِيضِ وَأَشْبَاهِ ذلك على ما ذَكَرْنَا
فَيُقْتَلُ الْقِسِّيسُ وَالسَّيَّاحُ الذي يُخَالِطُ الناس وَاَلَّذِي يُجَنُّ وَيُفِيقُ وَالْأَصَمُّ وَالْأَخْرَسُ وَأَقْطَعُ الْيَدِ الْيُسْرَى وَأَقْطَعُ إحْدَى الرِّجْلَيْنِ وَإِنْ لم يُقَاتِلُوا لِأَنَّهُمْ من أَهْلِ الْقِتَالِ
وَلَوْ قُتِلَ وَاحِدٌ مِمَّنْ ذَكَرنَا أَنَّهُ لَا يَحِلُّ قَتْلُهُ فَلَا شَيْءَ فيه من دِيَةٍ وَلَا كَفَّارَةٍ إلَّا التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ لِأَنَّ دَمَ الْكَافِرِ لَا يَتَقَوَّمُ إلَّا بِالْأَمَانِ ولم يُوجَدْ وَأَمَّا حَالَ ما بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْقِتَالِ وَهِيَ ما بَعْدَ الْأَسْرِ وَالْأَخْذِ فَكُلُّ من لَا يَحِلُّ قَتْلُهُ في حَالِ الْقِتَالِ لَا يَحِلُّ قَتْلُهُ بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْقِتَالِ وَكُلُّ من يَحِلُّ قَتْلُهُ في حَالِ الْقِتَالِ إذَا قَاتَلَ حَقِيقَةً أو مَعْنًى يُبَاحُ قَتْلُهُ بَعْدَ الْأَخْذِ وَالْأَسْرِ إلَّا الصَّبِيَّ وَالْمَعْتُوهَ الذي لَا يَعْقِلُ فإنه يُبَاحُ قَتْلُهُمَا في حَالِ الْقِتَالِ إذَا قَاتَلَا حَقِيقَةً وَمَعْنًى وَلَا يُبَاحُ قَتْلُهُمَا بَعْدَ الْفَرَاغِ من الْقِتَالِ إذَا أُسِرَا وَإِنْ قَتَلَا جَمَاعَةً من الْمُسْلِمِينَ في الْقِتَالِ لِأَنَّ الْقَتْلَ بَعْدَ الْأَسْرِ بِطَرِيقِ الْعُقُوبَةِ وَهُمَا لَيْسَا من أَهْلِ الْعُقُوبَةِ فَأَمَّا الْقَتْلُ في حَالَةِ الْقِتَالِ فَلِدَفْعِ شَرِّ الْقِتَالِ وقد وُجِدَ الشَّرُّ مِنْهُمَا فَأُبِيحَ قَتْلُهُمَا لِدَفْعِ الشَّرِّ وقد انْعَدَمَ الشَّرُّ بِالْأَسْرِ فَكَانَ الْقَتْلُ بَعْدَهُ بِطَرِيقِ الْعُقُوبَةِ وَهُمَا لَيْسَا من أَهْلِهَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَيُكْرَهُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يبتدىء أَبَاهُ الْكَافِرَ الْحَرْبِيَّ بِالْقَتْلِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى
{ وَصَاحِبْهُمَا في الدُّنْيَا مَعْرُوفًا } أَمَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِمُصَاحَبَةِ الْأَبَوَيْنِ الْكَافِرَيْنِ بِالْمَعْرُوفِ وَالِابْتِدَاءُ بِالْقَتْلِ ليس من الْمُصَاحَبَةِ بِالْمَعْرُوفِ

وَرُوِيَ أَنَّ حَنْظَلَةَ رضي اللَّهُ عنه غَسِيلَ الْمَلَائِكَةِ عليهم الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم في قَتْلِ أبيه فَنَهَاهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَلِأَنَّ الشَّرْعَ أَمَرَ بِإِحْيَائِهِ بِالنَّفَقَةِ عليه فَالْأَمْرُ بِالْقَتْلِ فيه إفْنَاؤُهُ يَكُونُ مُتَنَاقِضًا فَإِنْ قَصَدَ الْأَبُ قَتْلَهُ

يَدْفَعْهُ عن نَفْسِهِ وَإِنْ أتى ذلك على نَفْسِهِ وَلَا يُكْرَهُ ذلك لِأَنَّهُ من ضَرُورَاتِ الدَّفْعِ وَلَكِنْ لَا يَقْصِدُ بِالدَّفْعِ الْقَتْلَ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ إلَى الْقَصْدِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يَسَعُ تَرْكُهُ في دَارِ الْحَرْبِ مِمَّنْ لَا يَحِلُّ قَتْلُهُ وَمَنْ لَا يَسَعُ فَالْأَمْرُ فيه لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إما إذَا كان الْغُزَاةُ قَادِرِينَ على عَمَلِ هَؤُلَاءِ وَإِخْرَاجِهِمْ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ وإما إنْ لم يَقْدِرُوا عليه فَإِنْ قَدِرُوا على ذلك فَإِنْ كان الْمَتْرُوكُ مِمَّنْ يُولَدُ له وَلَدٌ لَا يَجُوزُ تَرْكُهُمْ في دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ في تَرْكِهِمْ في دَارِ الْحَرْبِ عَوْنًا لهم على الْمُسْلِمِينَ بِاللِّقَاحِ وَإِنْ كان مِمَّنْ لَا يُولَدُ له وَلَدٌ كَالشَّيْخِ الْفَانِي الذي لَا قِتَالَ عِنْدَهُ وَلَا لِقَاحَ فَإِنْ كان ذَا رَأْيٍ وَمَشُورَةٍ فَلَا يُبَاحُ تَرْكُهُ في دَارِ الْحَرْبِ لِمَا فيه من الْمَضَرَّةِ بِالْمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُمْ يَسْتَعِينُونَ على الْمُسْلِمِينَ بِرَأْيِهِ وَإِنْ لم يَكُنْ له رَأْيٌ فَإِنْ شاؤوا تَرَكُوهُ فإنه لَا مَضَرَّةَ عليهم في تَرْكِهِ وَإِنْ شاؤوا أَخْرَجُوهُ لِفَائِدَةِ الْمُفَادَاةِ على قَوْلِ من يَرَى مُفَادَاةَ الْأَسِيرِ بِالْأَسِيرِ
وَعَلَى قَوْلِ من لَا يَرَى لَا يُخْرِجُونَهُمْ لِمَا أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ في إخْرَاجِهِمْ وَكَذَلِكَ الْعَجُوزُ التي لَا يُرْجَى وَلَدُهَا وَكَذَلِكَ الرُّهْبَانُ وَأَصْحَابُ الصَّوَامِعِ إذَا كَانُوا حُصُورًا لَا يَلْحَقُونَ وَإِنْ لم يَقْدِرْ الْمُسْلِمُونَ على حَمْلِ هَؤُلَاءِ وَنَقْلِهِمْ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَحِلُّ قَتْلُهُمْ وَيُتْرَكُونَ في دَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ الشَّرْعَ نهى عن قَتْلِهِمْ وَلَا قُدْرَةَ على نَقْلِهِمْ فَيُتْرَكُونَ ضَرُورَةً
وَأَمَّا الْحَيَوَانُ وَالسِّلَاحُ إذَا لم يَقْدِرُوا على الْإِخْرَاجِ إلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَمَّا الْحَيَوَانُ فَيُذْبَحُ ثُمَّ يُحْرَقُ بِالنَّارِ لِئَلَّا يُمْكِنَهُمْ الِانْتِفَاعُ بِهِ وَأَمَّا السِّلَاحُ فما يُمْكِنُ إحْرَاقُهُ بِالنَّارِ يُحْرَقُ وما لَا يَحْتَمِلُ الْإِحْرَاقَ كَالْحَدِيدِ وَنَحْوِهِ فَيُدْفَنُ بِالتُّرَابِ لِئَلَّا يَجِدُوهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُكْرَهُ حَمْلُهُ إلَى دَارِ الْحَرْبِ وما لَا يُكْرَهُ فَنَقُولُ ليس لِلتَّاجِرِ أَنْ يَحْمِلَ إلَى دَارِ الْحَرْبِ ما يَسْتَعِينُ بِهِ أَهْلُ الْحَرْبِ على الْحَرْبِ من الْأَسْلِحَةِ وَالْخَيْلِ وَالرَّقِيقِ من أَهْلِ الذِّمَّةِ وَكُلِّ ما يُسْتَعَانُ بِهِ في الْحَرْبِ لِأَنَّ فيه إمْدَادَهُمْ وَإِعَانَتَهُمْ على حَرْبِ الْمُسْلِمِينَ
قال اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَلَا تَعَاوَنُوا على الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ } فَلَا يُمَكَّنُ من الْحَمْلِ
وَكَذَا الْحَرْبِيُّ إذَا دخل دَارَ الْإِسْلَامِ لَا يُمَكَّنُ من أَنْ يَشْتَرِيَ السِّلَاحَ وَلَوْ اشْتَرَى لَا يُمَكَّنُ من أَنْ يُدْخِلَهُ دَارَ الْحَرْبِ لِمَا قُلْنَا إلَّا إذَا كان دخل (((داخل))) دَارَ الْإِسْلَامِ بِسِلَاحٍ فَاسْتَبْدَلَهُ فَيُنْظَرُ في ذلك إنْ كان الذي اسْتَبْدَلَهُ خِلَافَ جِنْسِ سِلَاحِهِ بِأَنْ اسْتَبْدَلَ الْقَوْسُ بِالسَّيْفِ وَنَحْوُ ذلك لَا يُمَكَّنُ من ذلك أَصْلًا
وَإِنْ كان من جِنْسِ سِلَاحِهِ فَإِنْ كان مثله أو أَرْدَأَ منه يُمَكَّنُ منه وَإِنْ كان

أَجْوَدَ منه لَا يُمَكَّنُ منه لِمَا قُلْنَا وَلَا بَأْسَ بِحَمْلِ الثِّيَابِ وَالْمَتَاعِ وَالطَّعَامِ وَنَحْوِ ذلك إلَيْهِمْ لِانْعِدَامِ مَعْنَى الْإِمْدَادِ وَالْإِعَانَةِ
وَعَلَى ذلك جَرَتْ الْعَادَةُ من تُجَّارِ الْأَمصارِ (((الأعصار))) أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ دَارَ الْحَرْبِ لِلتِّجَارَةِ من غَيْرِ ظُهُورِ الرَّدِّ وَالْإِنْكَارِ عليهم إلَّا أَنَّ التَّرْكَ أَفْضَلُ لِأَنَّهُمْ يَسْتَخِفُّونَ بِالْمُسْلِمِينَ وَيَدْعُونَهُمْ إلَى ما هُمْ عليه فَكَانَ الْكَفُّ وَالْإِمْسَاكُ عن الدُّخُولِ من بَابِ صِيَانَةِ النَّفْسِ عن الْهَوَانِ وَالدِّينِ عن الزَّوَالِ فَكَانَ أَوْلَى
وَأَمَّا الْمُسَافَرَةُ بِالْقُرْآنِ الْعَظِيمِ إلَى دَارِ الْحَرْبِ فَيُنْظَرُ في ذلك إنْ كان الْعَسْكَرُ عَظِيمًا مَأْمُونًا عليه لَا بَأْسَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُمْ يَحْتَاجُونَ إلَى قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ وإذا كان الْعَسْكَرُ عَظِيمًا يَقَعُ الْأَمْنُ عن الْوُقُوعِ في أيد (((أيدي))) الْكَفَرَةِ وَالِاسْتِخْفَافِ بِهِ وَإِنْ لم يَكُنْ مَأْمُونًا عليه كالسَّرِيَّةِ يُكْرَهُ الْمُسَافَرَةُ بِهِ لِمَا فيه من خَوْفِ الْوُقُوعِ في أَيْدِيهِمْ وَالِاسْتِخْفَافِ بِهِ فَكَانَ الدُّخُولُ بِهِ في دَارِ الْحَرْبِ تَعْرِيضًا لِلِاسْتِخْفَافِ بِالْمُصْحَفِ الْكَرِيمِ
وما رُوِيَ عن النبي صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ نهى أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ الْعَظِيمِ إلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ مَحْمُولٌ على الْمُسَافَرَةِ في هذه الْحَالَةِ
وَكَذَلِكَ حُكْمُ إخْرَاجِ النِّسَاءِ مع أَنْفُسِهِمْ إلَى دَارِ الْحَرْبِ على هذا التَّفْصِيلِ إنْ كان ذلك في جَيْشٍ عَظِيمٍ مَأْمُونٍ عليه غَيْرُ مَكْرُوهٍ لِأَنَّهُمْ يَحْتَاجُونَ إلَى الطَّبْخِ وَالْغُسْلِ وَنَحْوِ ذلك وَإِنْ كانت سَرِيَّةً لَا يُؤْمَنُ عليها يُكْرَهُ إخْرَاجُهُنَّ لِمَا قُلْنَا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَعْتَرِضُ من الْأَسْبَابِ الْمُحَرِّمَةِ لِلْقِتَالِ فَنَقُولُ وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ الْأَسْبَابُ الْمُعْتَرِضَةُ الْمُحَرِّمَةُ لِلْقِتَالِ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ الْإِيمَانُ وَالْأَمَانُ وَالِالْتِجَاءُ إلَى الْحَرَمِ
أَمَّا الْإِيمَانُ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيَانِ ما يُحْكَمُ بِهِ بِكَوْنِ الشَّخْصِ مُؤْمِنًا
وَالثَّانِي في بَيَانِ حُكْمِ الْإِيمَانِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ الطُّرُقُ التي يُحْكَمُ بها بِكَوْنِ الشَّخْصِ مُؤْمِنًا ثَلَاثَةٌ نَصٌّ وَدَلَالَةٌ وَتَبَعِيَّةٌ
أَمَّا النَّصُّ فَهُوَ أَنْ يَأْتِيَ بِالشَّهَادَةِ أو بِالشَّهَادَتَيْنِ أو يَأْتِيَ بِهِمَا مع التبري (((التبرؤ))) مِمَّا هو عليه صَرِيحًا وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ أَنَّ الْكَفَرَةَ أَصْنَافٌ أَرْبَعَةٌ صِنْفٌ منهم يُنْكِرُونَ الصَّانِعَ أَصْلًا وَهُمْ الدَّهْرِيَّةُ الْمُعَطِّلَةُ وَصِنْفٌ منهم
